



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD
Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição – PPGD

LUIZ FELIPE DA MATA MACHADO SILVA

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Brasília – DF

2016

LUIZ FELIPE DA MATA MACHADO SILVA

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Linha de Pesquisa “Constituição e Democracia”, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto.

Brasília – DF
2016

SILVA, Luiz Felipe da Mata Machado.

O mandado de injunção e a abstrativização do exercício da jurisdição constitucional. / Luiz Felipe da Mata Machado Silva. – Brasília: Universidade de Brasília, 2016.

187 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Mestrado Acadêmico em Direito, Estado e Constituição. Linha de Pesquisa “Constituição e Democracia”, 2016.

1. Mandado de injunção 2. Jurisdição constitucional 3. Controle da constitucionalidade 4. Direitos e garantias individuais. I. Título

CDD 341.2744

Catálogo na fonte. Bibliotecária: Vanessa Barbosa da Silva – CRB 1/2066

LUIZ FELIPE DA MATA MACHADO SILVA

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição,
Linha de Pesquisa “Constituição e Democracia”, da Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Orientador

Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães
Membro da banca

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo
Membro da banca

Prof. Dr. Guilherme Scotti
Membro da banca

Para Aninha

AGRADECIMENTOS

Muitas/os, e de variadas formas, foram fundamentais para esta dissertação. Agradeço a todas/os as/os professoras/es e servidoras/es do programa de pós-graduação da UnB. Especialmente, Menelick de Carvalho Netto, meu orientador e eterna referência, como intelectual e como pessoa. As/os Professoras/es Cláudia Roesler, Juliano Benvindo, Alexandre Costa, Cristiano Paixão e José Otávio, que me oportunizaram cursar disciplinas e participar de grupos de estudo antes mesmo de ser aprovado na seleção. Ao Professor Marcelo Neves. A toda a Secretaria da Pós-Graduação, a quem o faço em nome da dedicada e competente Euzilene Souza. A todas/os as/os colegas, pelos proveitosos debates.

Meu pai, irmãos, padrinhos e afilhadas – um agradecimento especial à Juju, em suas constantes revisões. À Gilda e ao Aziz. Ao Edson Farias, meu grande mestre e exemplo. À Tia Sandra. Ao “Partido”, amigos de Brasília, Curitiba, BH e São Paulo, interlocução e amizade imprescindíveis nesses dois últimos anos. Aos “amigos do Bacelar”. À Ana Gabriela Braga, Vera Chueiri e Marcelo Cattoni, pelo fundamental diálogo na preparação do projeto, e Léo Leoncy, durante toda a redação. À Juliana Magalhães. A todas/os da Biblioteca da PGDF, pelo imprescindível auxílio na pesquisa bibliográfica. À Vanessa Silva, pela Catalogação, e Luciana Melo, pela correção do texto.

À mamãe e à Tia Lelena, pela eterna presença mesmo na dolorida falta.

RESUMO

A dimensão da mudança do entendimento do STF em sede de mandado de injunção, operada em 2007, é comumente naturalizada pela doutrina e pela própria Corte, sendo tratada como um passo inexorável rumo ao desenvolvimento de uma jurisprudência preocupada com a efetividade de suas decisões. Contudo, interpretando-a holisticamente, observa-se que a alteração se insere dentro de uma nova dinâmica, aqui denominada abstrativização, em que o Tribunal vem ressignificando o exercício da jurisdição constitucional, buscando se afastar do julgamento de litígios concretos para atuar na tutela objetiva da ordem constitucional. Assim, independentemente do tipo de processo que lhe é submetido, o Supremo procura dissociar a atividade do Judiciário, atribuindo-se a tarefa de fixação de enunciados normativos e deslocando às instâncias ordinárias a sua aplicação. Por meio da análise do discurso utilizada pelo Supremo no julgamento do *writ*, entre 1988 e 2015, buscou-se marcar algumas das características da teoria do direito que fundamentam a abstrativização, demonstrando como a estratégia é determinante para o recente empoderamento do órgão. Em seguida, procurou-se testar como o novo modelo enfrenta as promessas que o legitimam: a efetividade de direitos e a uniformidade da jurisprudência. Se é necessário ressaltar os avanços, especialmente pelo rompimento ao MI 107, deve-se também sublinhar seus riscos e limitações. A atividade de elaboração de normas volta-se mais à *ponderação* de interesses, função historicamente atribuída ao Parlamento, do que à proteção de direitos contramajoritários. E não por acaso. Em uma sociedade cada vez mais complexa, fluida e pautada pelo medo, o direito aparece como instância apta e (supostamente) legitimada a substituir o (improvável) debate público como regulador social. Mas, desse modo, o faz abdicando de seu caráter deontológico e sendo tratado como valor, além de ressuscitar a crença iluminista na regra geral e abstrata como definidora *a priori* do direito. Ademais, desloca a uma determinada categoria de especialistas, os juristas, um papel moral ainda mais determinante na sociedade. Oriundos de uma elite que, historicamente, monopoliza o capital econômico e/ou social, cujo prestígio legitima a nova dimensão de seu poder, ocuparão um lugar ainda mais decisivo na construção desse novo direito axiologicamente orientado. Assim, para além de uma questionável base teórica em que se fundamenta, a abstrativização coloca em relevo outro ponto fundamental de nossa história: como democratizar o acesso às instâncias deliberativas do Estado, tema que ganha importância na mesma medida em que a formação do direito se desloca de uma (já restrita) esfera pública e vai se tornando, proporcionalmente à edição de normas pelo STF, cada vez mais autorreferente.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Jurisdição constitucional. Abstrativização. Objetivação do controle da constitucionalidade. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The dimension of the Brazilian Supreme Court's (STF) shift of understanding regarding the *writ of injunction*, operated in 2007, is usually naturalized by doctrine and by the Court itself by being treated as an inexorable step towards the development of a jurisprudence that is concerned with the effectivity of its decisions. However, in a holistic interpretation, it can be observed that the shift is part of a new dynamic, here denominated “abstractivization”, in which the Court has been resignifying the exercise of the constitutional jurisdiction [jurisdição constitucional], by trying to move away from the judgement of concrete litigations into the “constitutional normative order”. This way, regardless of the type of process which is submitted to it, the STF seeks to dissociate the Judiciary's activity, by attributing itself the task of fixating normative enunciations and shifting their application to the ordinary instances. By analyzing the STF's discourse on the judgement of the *writ*, between 1988 and 2015, the research attempted to mark some of the characteristics of the theory of law that offer a foundation to abstractivization, demonstrating how the strategy is determinant for the recent empowerment of the Court. Then, the research tried to test how the new model faces the promises which offer it legitimation: the effectivity of rights and the uniformity of jurisprudence. While the advancements must be emphasized, especially concerning the rupture with the MI 107, one must also underline its risks and limitations. The act of elaborating norms is more geared towards the pondering of interests, a function historically attributed to the Parliament, rather than towards the protection of counter-majority rights – not by chance. In an increasingly complex and fluid society, oriented by fear, the Judiciary appears as an apt and (supposedly) legitimate instance to substitute the (improbable) public debate as a social regulator. But it does so by abdicating of its deontological character and by being treated as a value, apart from reviving the Illuminist belief on the general and abstract rule as the *a priori* definition of law. Furthermore, it is dislocated towards a certain category of specialist, jurists, a moral role which is even more determinant in society. Coming from an elite that, historically, monopolizes the economical and/or social capital, whose prestige legitimates the new dimension of its power, they will occupy and even more decisive place in the construction of this new axiologically-oriented law. This way, apart from a questionable theoretical basis on which it is founded, abstractivization also evidences another fundamental aspect of our history: how to democratize the access to the State's deliberative instances, a theme that gains importance while the formation of law dislocates itself from an (already restrictive) public sphere and becomes, in proportion to the editing of norms by the STF, more and more self-referent.

Keywords: Writ of injunction. Judicial Review. Fundamental laws.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL EM QUE SE INSERE O DEBATE EM TORNO DO MANDADO DE INJUNÇÃO ENTRE A CONSTITUINTE E MEADOS DOS ANOS 90 E SEU DIÁLOGO COM A ABSTRATIVIZAÇÃO.....	16
2.1 Um outro olhar sobre as doutrinas em confronto acerca dos efeitos atribuídos ao mandado de injunção: a busca pela identidade entre os discursos em disputa, para compreender melhor suas reais divergências.....	16
2.2 O Mandado de Injunção e a Assembleia Constituinte. I) Os compromissos (e descompromissos) com a efetividade da Constituição. II) A redefinição do papel do Estado na concretização de direitos como pano de fundo para se redefinir as atribuições do Poder Judiciário no julgamento do writ.....	21
2.3 Aprofundando o debate doutrinário. I) A teoria da não autoaplicabilidade das normas constitucionais como base para as teorias não concretistas e concretista individual. II) O incremento da discricionariedade do magistrado como estratégia adotada pela teoria concretista individual para dar efetividade ao writ. III) Da discricionariedade do magistrado à jurisprudência de valores.....	31
<i>2.3.1 A classificação das normas em aplicáveis e não autoaplicáveis como premissa indissociável do debate doutrinário e jurisprudencial em torno do mandado de injunção</i>	<i>31</i>
<i>2.3.2 Lacuna técnica, subsunção e outras características centrais do paradigma em que se assenta o debate em torno da autoaplicabilidade das normas constitucionais.....</i>	<i>34</i>
2.3.2.1 Lacunas e meios de integração do ordenamento: o aumento do poder da discricionariedade do magistrado como critério diferenciador das correntes concretista individual e não concretista.....	34
2.3.2.2 A teoria subjacente à ideia de lacunas do ordenamento: a herança neopositivista.	39
2.3.2.3 A ideia de subsunção no neopositivismo e no pós-positivismo: análise crítica.	45
2.3.3 Da teoria concretista individual à abstrativização. Continuidades e descontinuidades ...	50
2.3.3.1 Do suprimimento das lacunas à correção da ordem objetiva: o novo papel da jurisdição pautado na mesma crença em torno de regras que regulam sua aplicação	50
2.3.3.2 Princípios, valores e ponderação em Alexy. Como o tratamento “não deontológico” dos princípios da teoria preponderante do direito brasileiro está intimamente relacionado à instrumentalização de uma Corte Suprema abstrativista	54
3 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	63
3.1 O paradigma da QO MI 107: o modelo rígido de separação dos Poderes fundamentados a partir de uma pré-compreensão específica do princípio de separação dos Poderes.....	63
3.2 A rediscussão dos posicionamentos adotados pelo STF durante o período de 1989-2007	71
3.2.1 Síntese dos posicionamentos adotados pelo STF	71
3.2.2 Modelo I: o reconhecimento da mora, com sua mera comunicação ao órgão competente. O legítimo modelo “não concretista”.....	73
3.2.2.1 MI 20, 438, 708, 712 (670): direito de greve dos servidores públicos.....	73

3.2.2.1.1	Limitação dos efeitos do <i>writ</i> à comunicação da mora: resultado do posicionamento da Corte sobre o mérito da pretensão, bem como das limitações que o STF se reconhece no exercício da jurisdição constitucional	73
3.2.2.1.2	Breve análise sobre os votos divergentes: mesmas premissas, distinta solução	75
3.2.2.1.3	Novamente a importância do posicionamento do STF sobre o mérito para sua conclusão acerca dos pressupostos processuais/condições da ação: Breve análise do RE 185944	76
3.2.2.1.4	Uniformização da jurisprudência: breve análise sobre como os Tribunais inferiores gozavam de razoável “legitimidade” para não seguir o posicionamento do STF	77
3.2.2.2	O aviso prévio proporcional: a alteração da jurisprudência do STF e a inédita atuação dos órgãos competentes para disciplinar a matéria.	79
3.2.2.3	MI 448 e a assistência social	80
3.2.3	Modelo II: O deferimento de tutela satisfativa ao impetrante	80
3.2.3.1	MI 283 e seguintes: direito à indenização previsto no artigo 8º, § 3º, ADCT. O início da demonstração da insubsistência fática da teoria da autoaplicabilidade das normas jurídicas.....	80
3.2.3.2	Breve análise da corrente minoritária.....	84
3.2.3.3	MI 232, 605: Imunidade tributária às pessoas jurídicas reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social	86
3.2.3.3.1	A supremacia da Constituição x autonomia do legislador: a Constituição cria a imunidade ou atribui o legislador a discricionariedade de fazê-lo? O importante debate em torno da legitimidade para a interposição do <i>writ</i> e a redefinição dos Poderes do STF para interpretar a Constituição... ..	86
3.2.3.3.2	O MI 590: reserva legal, pela Constituição, não é sinônimo de criação de isenção. Contudo, trata-se de uma questão de mérito, que o STF, mais uma vez, resolve por argumentos processuais... ..	89
3.2.3.3.3	O mérito: norma não autoaplicável permite a incidência por meio do deferimento de tutela satisfativa, e concreta, ao particular. Mais uma vez o recurso à analogia como centro da divergência... ..	91
3.2.4	Modelo III: o não conhecimento do writ como estratégia de julgamento	94
3.2.4.1	Modelo III.1. Falta do direito enseja a extinção do writ sem análise de mérito	94
3.2.4.1.1	MI 420. Imunidade tributária voltada às entidades de assistência social prevista no artigo 150, VI, “c”, da Constituição: falta do direito em abstrato enseja o não conhecimento do <i>writ</i> , do mesmo modo como o reconhecimento do direito em concreto implicou no deferimento da tutela satisfativa, no MI 232.....	94
3.2.4.1.2	O Supremo e a disciplina de precatórios. Uma análise comparativa entre o MI 168-5 e a ADI 445 para: a) reiterar a influência do posicionamento da Corte sobre o mérito da pretensão nas hipóteses em que se utiliza de argumentos processuais para extinguir o <i>writ</i> ; b) demonstrar a rápida alteração sobre os poderes que o STF se reconhece no exercício da jurisdição e o papel de uma específica interpretação principiológica nesse trajeto	96
3.2.4.2	Modelo III.2 O Supremo analisa o mérito, o rejeita, mas utiliza-se de argumentos processuais para julgar o <i>writ</i>	101
3.2.4.3	Hipóteses em que haveria razão efetiva para a extinção do <i>writ</i> por questões processuais. Contudo, novamente, seria possível à Corte superá-las.	107
3.2.5	<i>Uma derradeira demonstração prática contra a utilização da teoria da autoaplicabilidade das normas constitucionais – e sua tentativa de instrumentalizar um juiz</i>	

<i>pretensamente neutro a resolver complexas questões sociais sem supostamente se afastar do direito. Ou como um direito supostamente neutro se presta a uma determinada política.</i>	109
3.2.6 Modelo IV: o não conhecimento do writ sob o argumento da autoaplicabilidade da norma. A eterna crença na norma geral e abstrata.	112
3.2.6.1 MI 274 e seguintes: a autoaplicabilidade da norma que fixa o valor das pensões dos militares.	113
3.2.6.1.1 Decisão de não conhecimento do writ: inexistência de coisa julgada e, portanto, da possibilidade de execução.	113
3.2.6.2 MI 487 e 628. Proteção da relação de emprego por meio de lei complementar.	115
3.2.6.3 MI 626: um passo atrás sobre o entendimento firmado no MI 232. Reconhecimento da autoaplicabilidade da norma como argumento para afastar a tutela jurisdicional.	116
3.2.6.4 Outros precedentes em que o STF extingue o feito em razão de questões processuais que, embora existentes, podiam ser superadas.	118
3.2.7 <i>Uma derradeira demonstração prática contra a utilização da teoria da autoaplicabilidade das normas constitucionais – e sua tentativa de instrumentalizar um juiz pretensamente neutro a resolver complexas questões sociais sem supostamente se afastar do direito.</i>	Error! Bookmark not defined.
4 A VIRADA PARADIGMÁTICA.	120
4.1 A abstrativização como uma nova dinâmica para o exercício da jurisdição constitucional, em que, independentemente da natureza do processo submetido ao Supremo, a Corte prioriza manifestações normativas, desvinculadas de casos concretos – mesmo quando julga casos concretos.	120
4.1.1 <i>A jurisdição segundo os manuais clássicos.</i>	123
4.1.2 <i>Objetivação do controle difuso: a aproximação/equivalência dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade com o abstrato como mais um instrumento que permite ao STF atuar diretamente na ordem objetiva independentemente do caso concreto.</i>	126
4.1.3 <i>Repercussão geral no recurso extraordinário e a “maximização de sua feição objetiva”. Manifestação irrecorrível dos Tribunais a quo sobre matéria submetida à repercussão geral e a mitificação da abstrativização. O papel da organização dos informativos na pretensão do STF de formular uma jurisprudência prioritariamente “normativa”.</i>	131
4.1.4 <i>A súmula vinculante (SV) e a abertura constante à normatização dos entendimentos firmados pelo STF – tanto em sede de “controle de constitucionalidade” quanto em “controle de interpretação”.</i>	133
4.2 O mandado como mais um instrumento a serviço da abstrativização.	135
4.2.1 <i>O mandado de injunção 670: incorreta análise da jurisprudência do Supremo desenvolvida por Gilmar Mendes, naturalizando o radical rompimento da abstrativização; aceitabilidade do argumento de que o direito deve se sobrepor à política em “casos difíceis”; o recurso à normatividade da Constituição como instrumento para a ampliação de poderes do STF; dissociação da atividade jurisdicional em normativa (STF) e de aplicação (demais instâncias).</i>	135
4.2.2 <i>A natureza abstrativista da tutela deferida no MI 721 e seus consectários. Da inadequada confusão entre a limitação dos efeitos às partes e a adoção da teoria concretista individual.</i>	141
4.2.3 <i>Das reais diferenças entre o MI 670 e o 721.</i>	144
4.3 Problematizando alguns aspectos relevantes da abstrativização.	145

4.3.1	<i>A abstrativização e integridade do ordenamento: seus limites e possibilidades em assegurar o respeito às decisões do STF.</i>	145
4.3.2	<i>Abstrativização, direito e política: como o novo meio de exercício da jurisdição constitucional coloca em risco o procedimento democrático e desloca a uma determinada categoria de especialistas a função de interpretar axiologicamente a sociedade.</i>	149
4.3.3	<i>O papel do “lugar social” do jurista na “produção da crença” na abstrativização.</i>	154
4.3.3.1	A narrativa da Administração pública como resultado de um povo corrupto e emotivo. Os juristas como a categoria capaz de “consertar” os desvios morais do brasileiro para o estabelecimento de uma sociedade impessoal, como os europeus do norte.	159
4.3.3.2	Os reflexos da leitura “culturalista” na formação da identidade nacional e seu efeito de esconder o problema da exclusão social como central para se compreender e mudar o Brasil. Os juristas como categoria oriunda das classes média e alta e sua falta de representatividade da “sociedade” brasileira.	162
4.3.3.3	A importância de se problematizar o “lugar social” do jurista do Estado dentro do contexto em que seus poderes são substancialmente ampliados.	165
5	CONCLUSÃO	169
	REFERÊNCIAS	178

1 INTRODUÇÃO

A redefinição da separação dos poderes, até então marcada por excessiva concentração de atribuições no Executivo, foi uma das metas da Assembleia Constituinte de 1987-88, segundo Ulysses Guimarães. Esperava-se, por um lado, resgatar o papel do Legislativo, cujas atribuições foram violentadas desde 1964. Por outro, permitir que o Judiciário, agora independente, fosse dotado de instrumentos para atuar, de forma efetiva, em seu papel de concretizador dos direitos fundamentais, então amplamente resguardados pela nova Constituição.

O mandado de injunção (MI), nesse contexto, foi uma das inovações mais festejadas. Contudo, o STF, em sua primeira manifestação sobre o instituto, frustrou as expectativas ao adotar teoria denominada não concretista. Segundo o ministro Moreira Alves, relator da Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107/DF¹ (QO no MI 107/DF), haveria na Constituição determinadas normas cuja eficácia dependeria da atuação do legislador ordinário para ingressar no patrimônio jurídico de seus titulares. O Judiciário, em tais circunstâncias, somente comunicaria ao Parlamento a sua mora, sob pena de, ao efetivar o direito, invadir a esfera política.

Em 2007, julgando os Mandados de Injunção 721 e 670, o STF redefiniu o posicionamento da Corte sobre o instituto, superando definitivamente o criticado precedente-referência. Na primeira hipótese, reconhecendo a omissão do legislador em regulamentar o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial, assegurado pelo artigo 40, § 4º da Constituição, determinou à Administração a análise da existência do direito da impetrante à luz da Lei 8.213/91, que disciplina a matéria para a iniciativa privada. O Plenário, por atribuir efeito *inter partes* à decisão, autorizou que os ministros aplicassem, monocraticamente, nos casos semelhantes, o posicionamento firmado pelo colegiado. Em relação ao direito de greve dos servidores públicos, ao adotar a teoria concretista geral, foi além: suprimindo a inércia do legislador ordinário, estabeleceu quais as normas deveriam ser aplicadas para regulamentar o artigo 37, inciso II, da Constituição.

Para grande parte da doutrina, com a mudança jurisprudencial, o Supremo teria adotado, na primeira hipótese, a teoria concretista individual, uma vez que os efeitos da decisão se limitariam às partes envolvidas no processo. O relator do *writ*, Marco Aurélio, reforçando esse entendimento, sustenta que a nova decisão asseguraria o direito constitucional

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. QO no MI 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, 2 ago. 1991, p. 194.

obstado pela falta de regulamentação, por um lado, e não afrontaria a separação dos Poderes, por outro – fundamentando sua assertiva no efeito *inter partes* de sua decisão.

Já em relação ao MI 670, não há dúvidas de que a teoria adotada seria a concretista geral, pois o Supremo Tribunal Federal teria não apenas julgado a ação concreta *lhe* deduzida, mas editado norma que supriria a própria omissão inconstitucional, buscando disciplinar, *erga omnes*, o exercício de greve no serviço público. Gilmar Mendes, relator do *writ*, explica que o Tribunal, desde a década de 90, já dispunha de precedentes que buscavam atribuir *efeito normativo* às suas decisões (MI 232 e 283), afastando-se do precedente paradigma (QO no MI 107). O novo posicionamento que ele propunha seria, assim, um passo à frente ao que já fora decidido pela Corte, mas estaria justificado dentro de uma análise holística da direção que sua jurisprudência viria percorrendo desde a promulgação da Constituição da República.

A mudança operada na jurisprudência do STF, assim, apesar de festejada, foi de certa forma neutralizada, já que tratada como apenas a superação de um verdadeiro mal-entendido, o QO no MI 107, bem como apenas mais um passo dado pela Corte em direção à efetividade de seus pronunciamentos. Contudo, a alteração é substancial e deve ser situada em um movimento mais amplo de ruptura por que passa o Tribunal e o meio pelo qual ele exerce a jurisdição constitucional.

Há, entre os precedentes MI 232 e 283 e os MI 670 e 721, não apenas uma diferença de grau de efetividade de direito, como sustenta Mendes, mas uma ruptura sobre a pré-compreensão do que o STF entende por jurisdição constitucional. Nos primeiros precedentes, o Supremo, reconhecendo *prima facie* o direito dos impetrantes, realiza o juízo de aplicação das normas que reclamam aplicação ao caso concreto e defere a pretensão deduzida em juízo pelo particular.

Debruçando-se sobre os MI 670 e 721, ao contrário, observa-se que, em nenhum dos casos, o STF irá julgar o caso concreto ao dar provimento ao *writ*. De outro modo, utilizar-se-á do instrumento para estabelecer, geral e abstratamente, como disciplinar situações semelhantes àquelas que *lhe* foram colocadas, mesmo quando os efeitos da decisão são limitados às partes. Os impetrantes dos *writs* em análise não obtiveram a tutela do seu direito, mas a edição de uma norma, que deverá novamente ser aplicada ou pela Administração Pública ou pelas instâncias ordinárias do Judiciário.

O novo posicionamento em torno do *writ* está inserido em um novo *perfil* de julgamento do STF, como explica Gilmar Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010), com o objetivo de instrumentalizá-lo no enfrentamento de dois problemas centrais, e intimamente relacionados, apontados pela doutrina e pela jurisprudência: o excessivo número

de processos apreciados por ministro e a predominância de sua atuação como uma “Corte de classe recursal” (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011) – ou seja, como a segunda ou terceira instância de um processo subjetivo cuja matéria constitucional controvertida já fora analisada por um Tribunal inferior.

Ainda segundo Mendes, a Constituição de 1988, suas posteriores alterações, as inovações legislativas e as alterações da jurisprudência do STF vêm buscando afastar o Supremo do julgamento de litígios individuais, concentrando sua atividade na “tutela objetiva da ordem constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010). O objetivo, em apertada síntese, seria assegurar a máxima efetividade da Constituição, pois os pronunciamentos oriundos do controle abstrato de constitucionalidade: a) permitem uma maior atualidade das decisões da Suprema Corte, já que não dependem do longo trâmite dos processos subjetivos; b) garantem uma maior uniformidade da jurisprudência nacional e, conseqüentemente, uma maior segurança jurídica; c) são mais eficazes para proteger direitos fundamentais. Com efeito, o STF utilizará os processos que lhe são submetidos, independentemente de sua natureza, não para tutelar direitos subjetivos da parte, mas para estabelecer, geral e abstratamente, a adequada interpretação do ordenamento.

Observe que os provimentos da Suprema Corte em sede de mandado de injunção inserem-se, exatamente, nesse novo contexto. E reitere-se: mesmo em relação ao MI 721. Privilegia não mais a composição de litígios envolvendo partes e objeto determinados, atividade que historicamente caracterizou o Poder Judiciário. De outro modo, volta sua atuação ao exercício de justificação da validade das normas (GÜNTHER, 2004), estabelecendo qual legislação deve ser utilizada para suprir a omissão inconstitucional.

Essa nova tendência, em que o STF prioriza a prolação de normas gerais e abstratas – alheias, portanto, ao caso concreto respectivo –, com o objetivo de criar parâmetros para a interpretação futuramente realizada pelos demais Tribunais e pela Administração, chamaremos de *abstrativização*. A expressão é sabidamente utilizada para se referir às mudanças operadas na jurisprudência da Corte em relação ao controle difuso. Contudo, deslocaremos seu foco de uma alteração específica, como a objetivação do recurso extraordinário, para compreendê-la como uma nova dinâmica que o Supremo Tribunal Federal vem adotando em seus julgamentos já há alguns anos e que parece ser a tônica para o futuro.

Não é possível identificar o momento exato dessa virada paradigmática, mas ela pressupõe, por um lado, a redefinição de elementos centrais da teoria do direito que a fundamenta, que transcendem o simples aumento de instrumentos de controle concentrado.

Ora, a superação do paradigma (essencialmente) neopositivista que estava na base do QO no MI 107 implica o desenvolvimento de uma nova teoria da interpretação, do estabelecimento de novos papéis, significados e alcance de princípios e regras, bem como da relação que se estabelece entre Judiciário e Legislativo. De outro, a consolidação de um *ethos* em que se engendra um novo consenso social acerca do novo papel do Judiciário e, conseqüentemente, dos Juristas do Estado – profissionais do direito cujas atribuições serão igualmente ampliadas com a redefinição acerca da relação que se estabelecerá entre política e direito.

A presente dissertação tem como objetivo analisar, a partir das decisões em sede de mandado de injunção, como o Supremo Tribunal Federal foi reconstruindo seu repertório argumentativo para, por meio da abstrativização, assumir um novo papel institucional, consolidando-se como uma instância fundamental no cenário político brasileiro. Conseqüentemente, como essa nova dinâmica impacta: a) na efetividade de direitos; b) na abertura do Judiciário; c) no papel funcional/social dos Juristas do Estado.

Na primeira parte será reconstruído o debate em torno do mandado de injunção tanto na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) quanto na doutrina. O objetivo é, em primeiro lugar, apresentar como o instituto, desde sua origem, suscitou enorme divergência não apenas no âmbito jurídico, mas em toda a sociedade. E não podia ser diferente, já que em última análise traduzia para o direito, a partir da definição do papel do judiciário na efetivação de direito, a longa disputa – ainda radicalmente atual – em torno do papel que o Estado deve exercer na economia.

Em segundo, estabelecer como a doutrina do direito delineou as principais características do instituto, iniciando-se, em seguida, o debate com os contornos da teoria jurídica que fundamenta a abstrativização. Em primeiro lugar, quais as principais divergências entre as mais influentes teorias que disputavam reconhecimento no espaço público: a não concretista e a concretista individual. Invertendo a apropriação normalmente desenvolvida pela doutrina, serão delineadas as respectivas identidades para, em seguida, mais bem apontar suas diferenças.

O objetivo é demonstrar que ambas assentavam-se, em termos gerais, sobre uma teoria jurídica fundada sobre os mesmos pressupostos: a ideia de autoaplicabilidade do direito, lacuna e interpretação – todos de grande influência neopositivista. O que as diferenciava era um pressuposto *ético*, acerca do papel do Judiciário na efetividade de direitos, e outro funcional, que diz respeito aos poderes do magistrado no exercício da jurisdição. O conceito de equidade, compreendido como o poder do juiz de resolver, a partir de seu conceito de justiça, as lacunas do ordenamento, ocupou parcela importante no debate. Enquanto os não

concretistas relutavam em sua aplicação “fora das hipóteses legais”, os concretistas individuais insistiam que o *writ* traduzia um poder do juiz de se utilizar do instituto para resolver os casos concretos.

A crença no papel individual do magistrado é uma das continuidades que podem ser observadas entre a teoria concretista individual e específicas abordagens doutrinárias que ganham força no Brasil, especialmente a partir do ano 2000, que, apesar de múltiplas, possuem como núcleo essencial tratar *princípio* como *valor*. Assim, diante de um caso concreto, desloca-se a finalidade do direito de ser uma proteção que o indivíduo dispõe em face da coletividade para tratá-lo como um *ponderador* de interesses – não por acaso o magistrado deve aplicar os princípios que reclamam aplicação *prima facie* em um caso concreto *na maior medida do possível*. Esse discurso, como se verá, é exatamente aquele utilizado pelo STF em sua atuação normativa, já que uma norma geral e abstrata, em regra, tem como objetivo fundamental compor interesses em conflito.

Na segunda parte, serão analisadas as manifestações do STF no período compreendido entre 1988 e 2007. O objetivo é demonstrar, ao contrário do que geralmente afirmado pela doutrina, que a Corte adotou 3 (três) posicionamentos distintos. Além da difundida teoria não concretista, representada pela QO no MI 107, bem como a concretista individual, já trabalhada, o que se observará é que o Supremo se utiliza constantemente de questões preliminares para extinguir o processo sem análise de mérito. O recurso reiterado a argumentos processuais, bem como à teoria da não autoaplicabilidade das normas jurídicas, representa e é o resultado de um momento em que o STF limita sobremaneira seus poderes em exercer a jurisdição, preocupando-se em não intervir na esfera política.

O rompimento com esse paradigma dar-se-á exatamente com o novo papel que irá se atribuir, a partir do início da década de 2000, ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir da Emenda Constitucional 45. Mas há outro fator determinante para se compreender o caminho até a abstrativização, que diz respeito ao meio pelo qual o Supremo passa a se apropriar de argumentos principiológicos. Se, num primeiro momento, eram utilizados para restringir seus poderes – em um ordenamento pressupostamente formado por regras que, antes mesmo de sua aplicação, já eram capazes de disciplinar suas condições de aplicação –, será facilmente perceptível um redimensionamento de seu uso e fundamento. Agora, deslocado de seu caráter informativo do caso concreto, operarão como um legitimador da expansão de seus poderes normativos, fundamentando a tutela objetiva da ordem constitucional.

Na última parte, serão analisados alguns resultados práticos da abstrativização, também à luz do mandado de injunção. Em especial, em que medida a dinâmica implicou

avanços nas duas direções de suas promessas: a efetividade de direitos e a segurança jurídica – problema tratado aqui, de forma mais ampla, como *integridade* (DWORKIN, 1999) do ordenamento.

Problematizando o tema para além das promessas ordinariamente sustentadas por seus defensores, buscaremos compreender em que medida sua adoção implica no fenômeno que Rawls (2012) denomina *fetichismo legalista* ou *conservadorismo administrativo*, ou seja, o esvaziamento da esfera pública pela resolução dos problemas sociais por meio de uma burocracia crescente. Como a combinação de um *ethos* em que o direito se apresenta como uma instância relativamente segura em uma sociedade cada vez mais fluida, com uma determinada leitura axiológica dos princípios – em que se atribui ao juiz um poder de resolver complexas questões sociais a partir do método de ponderação, desvinculada da ideia de integridade – empodera não apenas o Judiciário, mas, em geral, os juristas do Estado – profissionais a quem é atribuído papel de destaque na formulação desse novo direito, mas cujo *lugar de fala* é decisivo para se compreender as origens e o destino da mudança paradigmática em curso. Interessa-nos problematizar como a atribuição de poderes normativos ao Supremo redefine a relação de controle recíproco que se estabelece entre Judiciário e Parlamento e impacta no processo político de formação do direito. Ou, com Habermas, como manter, na abstrativização, a ideia central da democracia segundo a qual “os destinatários do direito devem ser, ao mesmo tempo, seus autores” (HABERMAS, 2014, p. 98). Como a abstrativização dialoga com o problema da emancipação em uma sociedade progressivamente complexa, marcadamente desigual e multicultural?

2 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL EM QUE SE INSERE O DEBATE EM TORNO DO MANDADO DE INJUNÇÃO (MI) ENTRE A CONSTITUINTE E MEADOS DOS ANOS 90 E SEU DIÁLOGO COM A ABSTRATIVIZAÇÃO.

2.1 Um outro olhar sobre as doutrinas em confronto acerca dos efeitos atribuídos ao mandado de injunção: a busca pela identidade entre os discursos em disputa, para compreender melhor suas reais divergências.

Hoje, 5 de outubro de 1985, no que tange à Constituição, a nação mudou. A Constituição mudou na sua elaboração; mudou na definição dos Poderes; mudou quando restaurou a federação; mudou quando quer mudar o homem cidadão [...] ²

Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988, ao proferir seu discurso no dia da promulgação da Constituição Federal, buscou evidenciar que a nova Constituição inauguraria um novo capítulo para o País, rompendo decisivamente com a “odiosa ditadura.” Objetivava-se, em apertada síntese, resgatar a federação, garantir a efetividade do amplo rol de direitos nunca antes assegurados ao cidadão e redefinir a separação dos Poderes, marcada até então pela concentração de atribuições no Executivo.

Esperava-se, ainda segundo Ulysses, por um lado, resgatar as atribuições do Congresso Nacional, assegurando aos Parlamentares amplo rol de imunidades, ampliando sua competência legislativa e de fiscalização dos demais Poderes. Por outro, conferir autonomia ao Judiciário, absolutamente tolhida pelos atos institucionais e pelo ambiente ditatorial. Mais que isso, considerando-se a ampla proteção a direitos fundamentais promovidos pela Constituição, buscava-se dotar o órgão de instrumentos para intervir, efetivamente, em seu papel de concretizador dos direitos fundamentais.

O mandado de injunção (MI), nesse contexto, foi um dos institutos mais discutidos, e festejados, da nova Constituição, exatamente pela expectativa por ele criada no enfrentamento dos dois principais problemas que nortearam a elaboração da Constituição brasileira de 1988 – e, em geral, das demais Constituições publicadas na América Latina no período da redemocratização (GARGARELA; COURTIS, 2009): a separação de poderes e a

² Discurso proferido por Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição de 1988. GUIMARÃES, Ulysses. Discurso. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 341ª Sessão. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, ano II, n. 308, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://Imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=>>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

concretização de direitos, notadamente nas chamadas *omissões inconstitucionais*.

O *writ*, ainda segundo Guimarães (1988), seria o instrumento que permitiria ao cidadão obter do Poder Judiciário provimento complementar caso o Legislativo se omitisse em seu dever de editar as 56 leis complementares e 314 leis ordinárias necessárias para regulamentar a Carta Política³.

O constituinte Afonso Arinos, por outro lado, convidado a proferir o discurso de encerramento da Assembleia, embora festejasse a promulgação da nova Constituição e a criação do mandado de injunção, demonstrou preocupação quanto à sua efetiva capacidade de conferir “eficácia” aos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social. Dirigindo-se ao presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), que presidia a sessão, exortou-o para que a Corte conferisse ao *writ* interpretação adequada, transformando o recém-criado instituto em um importante caminho para enfrentar o problema da relação entre o texto constitucional e seu cumprimento. Arinos (1988) assim se manifestou⁴:

A garantia dos direitos individuais é cada vez mais eficaz e operativa nas Constituições contemporâneas [...] **Mas a garantia dos direitos coletivos e sociais, fortemente capitulados nos textos sobretudo dos países em desenvolvimento, particularmente nas condições do Brasil, torna-se extremamente difícil**, para usarmos uma expressão branda, quaisquer que sejam as afirmações gráficas existentes nos documentos, como este que estamos hoje comemorando. Afirmar o contrário é ingenuidade, ilusão ou falta de sinceridade quem sabe falta de coragem. Direito individual assegurado, direito social sem garantia. Eis a situação. **Ao sr. Ministro Primeiro Presidente do Supremo Tribunal Federal é dirigida essa exortação: o mandado de injunção vai ser o instrumento dessas experiências (palmas da platéia). O desejável é que o Supremo Tribunal Federal, preservando suas tradições de competência, diligência e integridade se esforce para encaminhar soluções viáveis e realistas ou para oferecer interpretações aceitáveis às dificuldades, bem como rumos, caminhos, para o enfrentamento gradual do texto e de sua implementação** (Grifo nosso).

Sepúlveda Pertence, então procurador-geral da República, havia demonstrado outra visão sobre o mandado de injunção⁵ ainda nos debates da ANC. Segundo o jurista mineiro (1988), com a superação do modelo liberal de Estado, um dos problemas centrais do constitucionalismo contemporâneo seria o de conferir efetividade aos direitos constitucionais

³“Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. E teremos que honrá-los [...] Soma-se à nossa atividade ordinária bastante dilatada a edição de 56 leis complementares e 314 leis ordinárias. Não esquecemos que na ausência de lei complementar os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção”. Ibid. Disponível em: <<http://Imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=>>>. Acesso em: 15 out. 2011.

⁴ARINOS, Afonso. Discurso. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 341ª Sessão. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, ano II, n. 308, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=>>>. Acesso em: 6 set. 2012.

⁵BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata das Comissões. Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas. Página 19. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/3c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DO%20PODER%20JUDICI%C3%81RIO.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2016.

sociais não autoaplicáveis. A omissão inconstitucional, contudo, seria uma questão *política* e, exatamente por isso, a atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão julgador do mandado de injunção seria ineficaz. Propõe, então, que o Parlamento tivesse “imaginação” para fundar um órgão *com poderes legislativos permanentes*, composto por todos os Poderes da República, com o objetivo de enfrentar esse problema de forma contundente⁶.

Em outros termos, asseverou Pertence (1988), em sentido contrário à maioria dos constituintes, que o mandado de injunção não se prestaria, se julgado pelo Poder Judiciário, a suprir a omissão do Poder Legislativo, já que o exercício da jurisdição não poderia se imiscuir em tarefa atribuída constitucionalmente aos Poderes responsáveis pela condução política do Estado. Está subjacente à ideia do futuro Ministro que, sem lei, não há subsunção e, consequentemente, direitos.

Estava em debate, naquele momento, uma discussão paradigmática sobre o papel do direito e de sua aplicação ao caso concreto, como leciona Carvalho Netto (2003)⁷. E, se o problema não era novo, ganharia novos capítulos a partir da preocupação expressa da Constituição em combater a omissão inconstitucional por meio do mandado de injunção, demanda de natureza concreta, e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de

⁶ “[...] Surge, aí, o problema técnico mais difícil do Direito Constitucional moderno, que é como dar consequência às garantias, aos direitos a prestações positivas do Estado. Surge, aí, o problema dramático da eficácia das chamadas normas constitucionais programáticas, e, aí sim, surge um tema apaixonante: o controle de constitucionalidade moderna, é a chamada inconstitucionalidade por omissão.

[...]

E aí sim, creio que a imaginação política estaria desafiada a encontrar, na futura Constituição, um órgão eficaz de provocação, de pensamento constante, de reflexão constante, sobre onde tem falhado e implementação das normas constitucionais, por falta de providências legislativas ou administrativas, com um certo poder de injunção para que essas providências viessem a ser tomadas.

[...]

No esboço da Comissão Afonso Arinos mais ou menos se pretendeu traduzir Isso, confiando ao Supremo Tribunal Federal esta recomendação. Para essa tarefa política, considero realmente pouco eficaz o Supremo Tribunal Federal. Creio que aí, sim, se teria de pensar, e confesso que não trago ideias prontas, num mecanismo de composição heterogênea dos vários poderes, com um poder permanente de iniciativa legislativa para implementação constitucional.” SEPÚLVEDA desafia senador a definir mandado de injunção. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 6, 22 set. 1988.

⁷ Segundo Carvalho Netto (2003, p. 151-152), “[...] o conceito de paradigma incorpora, na ciência, a compreensão da impossibilidade humana de conhecimento absoluto, de um saber total, perfeito e eterno, precisamente em razão do nosso inafastável e constitutivo enraizamento social, histórico-cultural [...] Há algo mais complexo que só podemos intuitivamente traduzir e que possibilita que nos comuniquemos, até porque essa comunicação se assenta nesse pano de fundo compartilhado de uma série de sentidos neutralizados, não discutidos por nós, mas inconscientemente assentados em nossas práticas sociais cotidianas; pré-compreensões que limitam a nossa possibilidade de ver sem que saibamos. Ou melhor, hoje sabemos, em razão do próprio conceito de paradigma, compreendido como essa grade seletiva que, queiramos ou não, molda o nosso olhar sobre nós mesmos e o mundo, a determinar o horizonte social de possibilidades de atribuição de sentido, de significação, a nós mesmos e ao mundo que nos circunda.” CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 151-152.

feição geral e abstrata.

Os paradigmas jurídicos “dão forma e utilidade aos debates sobre o direito. Tornam possível uma forma padronizada de argumentação: tentam provar ou dificultar uma interpretação confrontando-a com um paradigma que ela não seja capaz de explicar” (DWORKIN, 1999, p. 114). Ainda segundo Dworkin, todo juiz e todo advogado, no momento em que formulam uma petição inicial ou uma sentença, necessariamente pressupõem – mesmo que inconscientemente – uma série de consensos sobre a sua prática que torna possível a prática jurisdicional.

Nesse sentido, qual seria, então, o papel do Poder Judiciário e, mais especificamente, do STF, no julgamento do *writ*? Daria conhecimento ao Poder omissor, supriria individualmente a *lacuna* ou editaria norma para solucionar geral e abstratamente a omissão? As soluções radicalmente diferentes para o mesmo problema evidenciam a tensão subjacente ao problema da omissão inconstitucional: a adoção de qualquer tese, pelo Supremo Tribunal Federal, sugere qual o paradigma a mais alta Corte do país insere os limites e possibilidades do exercício da jurisdição dentro do princípio de separação dos Poderes. Sugere, ainda, quais as fronteiras o Poder Judiciário estabelece entre o direito e a política.

O debate ora anunciado, em torno dos efeitos do mandado de injunção, é certamente um dos mais conhecidos da doutrina jurídica, ganhando novos capítulos a partir de 2007, no julgamento dos MI 670 e 721. Situando-o ainda no período em torno da ANC, tradicionalmente a doutrina diferencia 4 (quatro) distintas correntes em disputa, como nos explica Di Pietro (2003).

Ferreira Filho (apud DI PIETRO, 2003) entendia que o alcance do mandado de injunção seria semelhante ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: o Judiciário estaria limitado a comunicar ao Poder respectivo a sua mora. Não lhe seria autorizado, assim, suprir a lacuna do ordenamento, sob pena de afronta à separação dos Poderes. Assemelha-se, portanto, ao posicionamento defendido por Pertence (1988).

Já Afonso da Silva (2012) entendia que o *writ* voltava-se a dar efetividade ao dispositivo constitucional, sempre que a falta de norma regulamentadora inviabilizasse o gozo dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O instrumento permitia que o Judiciário solucionasse a omissão, ressaltando, contudo, que efeitos de seu julgamento seriam restritos às partes e, assim, não haveria que se falar em afronta à separação dos Poderes.

Santos (apud DI PIETRO, 2003) propôs uma solução intermediária. A decisão judicial estabeleceria um prazo para o órgão político competente suprir a lacuna normativa, sob pena

de, ao seu termo, o Judiciário poder fazê-lo.

Por fim, assevera Greco Filho (1989) que, em razão da falta de clareza do texto constitucional, restaria dúvida se o *writ* poderia servir para que o próprio Tribunal editasse uma lei para suprir a omissão inconstitucional. O próprio autor argumenta que essa hipótese implicaria “carrear para o Poder Judiciário uma extensa competência legislativa anômala que foge de sua atribuição específica, que é de **aplicar a lei ao caso concreto**” (GRECO FILHO, 1989, p. 183, grifo nosso). Contudo, considerando-se que é preciso dotar o *writ* de eficácia, assevera não ser admissível dar-lhe uma interpretação que o torne inútil e propõe:

Uma solução intermediária [...] de se admitir que, procedente o pedido, o tribunal poderia determinar prazo para que a norma fosse elaborada sob pena de, passado esse lapso temporal, ser devolvida ao Judiciário a atribuição de fazê-la (GRECO FILHO, 1989, p. 184).

As correntes defendidas por Ferreira Filho (apud DI PIETRO, 2003) e Afonso da Silva (2012) protagonizaram os principais debates em torno do tema, tendo sido denominadas, respectivamente, não concretista e concretista individual⁸. Sobre ambas, portanto, serão desenvolvidos os próximos tópicos, mantendo-se sempre que possível o diálogo com as demais.

Nesse sentido, é interessante notar que, apesar da construção realizada por Greco Filho (1989), cujo objetivo era evidentemente evitar que o *writ* restasse despojado de eficácia, foi praticamente descartada pela doutrina a proposta de dotar o Supremo Tribunal Federal do poder de criar a norma para suprir a omissão inconstitucional. O horizonte histórico em torno da interpretação do princípio da separação dos Poderes impunha limites: o debate ocorreu apenas entre a possibilidade de se concretizar o direito, *inter partes*, ou comunicar o órgão competente de sua mora.

A divergência entre os posicionamentos defendidos por Afonso da Silva (2012) e Ferreira Filho (apud DI PIETRO, 2003) é radical, especialmente se considerada em termos de compromissos que se estabelecem em relação ao cumprimento da Constituição e, mais de perto, aos direitos sociais.

Contudo, é possível observar, por outro lado, que as teorias guardam identidades

⁸ Fundamental ressaltar que, ao me referir à teoria concretista individual, refiro-me a apenas uma parte dos doutrinadores que defendem a teoria, mas, por ser amplamente majoritária, e por se autodenominarem como tal, manterei a denominação. O posicionamento aqui defendido, na esteira do posicionamento de Oliveira (1998, grifo nosso), também reconhece ao *writ* o efeito de concretizar os direitos fundamentais no caso concreto, contudo em bases conceituais substancialmente distintas dos teóricos que, aqui, denominamos concretistas individuais. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

fundamentais, cujo aprofundamento permitirá uma crítica mais consistente sobre suas diferenças. Em apertada síntese, ambas compartilham uma determinada pré-compreensão em torno das relações intérprete-texto (solipsismo); texto, direitos e lacunas; direito (dever ser) e fato (ser). Divergem, por outro lado, do papel do Judiciário na concretização de direito. Mais especificamente, na extensão dos poderes atribuídos ao magistrado para o julgamento do caso concreto – e é exatamente como vai sendo construída essa ampliação de poderes do Judiciário que se buscará analisar.

Como a teoria concretista individual irá fundamentar essa transferência de poderes aos juízes? Em que medida é possível observar continuidades e descontinuidades entre a adoção da teoria não concretista pelo STF, a defesa da concretista individual pela doutrina e a adoção da teoria concretista geral a partir de 2007? Notadamente, qual a relação que se estabelece entre *discrecionarietà* – o meio pelo qual se fundamenta a ampliação de poderes do magistrado – e *abstrativização* – nova estratégia que o STF vem adotando para o exercício da jurisdição constitucional? Quais os impactos dessa rápida e radical mudança da jurisprudência da Corte Suprema para a separação de Poderes?

A reconstrução do debate será feito em 3 (três) recortes distintos: a Assembleia Nacional Constituinte, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Contudo, é evidente que os discursos estão em constante entrelaçamento, constituindo o horizonte histórico em que a pré-compreensão em torno do instituto vai se construindo.

2.2 O Mandado de Injunção e a Assembleia Constituinte. I) Os compromissos (e descompromissos) com a efetividade da Constituição. II) A redefinição do papel do Estado na concretização de direitos como pano de fundo para se redefinir as atribuições do Poder Judiciário no julgamento do *writ*.

A discussão em torno da omissão inconstitucional obviamente não era nova, em razão do histórico brasileiro, e latino-americano, da falta de concretude dos direitos previstos pela Constituição (NEVES, 2011). Ou, como descrito por Afonso da Silva (2012, p. 16), na Constituição “quantas normas constitucionais ficam letra morta?”.

A questão foi tratada pela Comissão Afonso Arinos, cujo relatório⁹ estabelecia que, na falta ou omissão de lei, deveria o juiz decidir com base nos *fins da norma constitucional*. Caberia ao STF, ainda, a competência para recomendar ao Poder competente a edição de norma que venha a suprir a omissão. Confira-se:

⁹ BRASIL. Comissão Provisória de Estudos Constitucionais: Afonso Arinos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, Supl. Especial ao nº 185, 26 set. 1986. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

Art. 10 – Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1º – Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.

§ 2º – Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta (BRASIL, 1986, p. 5).

Em complemento ao disposto no artigo 10, competiria ao “Defensor do Povo” promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva. Destaca-se:

Art. 56 – É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas.

§ 1º – **O Defensor do Povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas** [...] (BRASIL, 1986, p. 8, grifo nosso).

O entendimento, portanto, na esteira do que já defendido por Pertence (1988), traçava uma nítida linha distintiva entre o jurídico, concebido como a interpretação do direito à luz do princípio da legalidade, e o político, atividade que inovaria o ordenamento, como explica Moreira Alves (1992)¹⁰:

[...] ao estabelecer a Constituição que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, estabelece ela que vigora, no Brasil, o sistema estrito da legalidade, só podendo o juiz julgar por equidade, quando a lei, excepcionalmente, o admite de modo expresso.

Também nesse sentido, analisando a diferença entre o controle difuso-concreto com o abstrato-concentrado, Moreira Alves (1989) não deixa dúvidas de que apenas no primeiro caso há que se falar em jurisdição; a tarefa de criar/extinguir uma norma geral e abstrata seria política. Ele assim se expressou:

Sabem os Srs. que o Poder Judiciário, quando julga casos concretos, está realmente dentro do âmbito da sua atribuição precípua, a de distribuir justiça, portanto, exercendo seu poder jurisdicional. Poder jurisdicional implica dizer, poder de aplicar a lei ao caso concreto. Já o Poder Judiciário, quando julga em abstrato, portanto, quando não presta jurisdição nos casos concretos, mas pratica atos de julgamento abstrato, aí não está prestando jurisdição, na verdade está praticando ato político (MOREIRA ALVES, 1989).

A adoção da teoria não concretista pela Comissão, assim, manteria o Poder Judiciário

¹⁰ MOREIRA ALVES. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 22 de out. de 2015.

“encarando o Direito como um conjunto de regras dadas com função sancionadora e **negativa**, tende(n)te a assumir o **papel conservador daquelas regras** que ele, então, **sistematiza e interpreta**” (FERRAZ JÚNIOR, 1999, p. 15, grifo nosso). Manteria, portanto, a separação entre o público e o privado conforme estabelecido pelo paradigma liberal, entre a sociedade econômica “livre do Estado, na qual os indivíduos buscam sua felicidade e seus próprios interesses de forma autônoma e privada, e a esfera estatal da persecução do bem comum [...]” (HABERMAS, 2003, p. 304).

O posicionamento encontrava-se em absoluta consonância com as pretensões do governo Sarney e dos setores conservadores: a tentativa de se fazer uma transição lenta, segura e sem rupturas. O conflito permanente estabelecido entre o direito e a política ficaria, ao menos em tese, domesticado pela pré-compreensão de que ao Judiciário competiria apenas a tarefa de subsumir o fato à norma. Tratar-se-ia de uma tentativa de manter de pé o dogma da completude do ordenamento e a separação rígida entre o direito e as demais esferas sociais, especialmente a política e a moral.

Contudo, não apenas o relatório da Comissão Afonso Arinos foi rejeitado. O próprio modelo de Constituição, como sua proposta envolvendo a omissão inconstitucional, foi, desde os primeiros debates, afastada pela Constituinte¹¹.

José Paulo Bisol (PMDB-RS), relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, já no 2º dia do “Diário da Assembleia Nacional Constituinte”¹², – noticiário televisivo que, cotidianamente, veiculava os trabalhos desenvolvidos no âmbito da ANC – afirma que a comissão iria enfrentar questões novas, entre elas o não cumprimento de um direito fundamental pela omissão do Estado:

[A Comissão] irá levantar questões novas, como a questão da inconstitucionalidade por omissão. Quando um direito fundamental do homem não é respeitado, como quando uma criança em idade escolar não é escolarizada, está ocorrendo uma inconstitucionalidade por omissão (BISOL, 1987).

Ora, inovar, nesse sentido, pressuporia exatamente inserir o Poder Judiciário no diálogo sobre a omissão inconstitucional e a concretização de direitos, rompendo com a

¹¹ Ambas as rejeições podem ser compreendidas como vitórias importantes de diversos setores da sociedade que buscaram impedir a tentativa deliberada, não apenas do Palácio do Planalto e de fortes setores do Congresso, como de diversos setores da elite brasileira, de que a transição da ditadura para a democracia se desse a partir das pessoas e estruturas oriundas do governo autoritário, de forma lenta, gradual e segura. Papel fundamental nesse processo foi a pressão exercida pelos movimentos populares – movimentos sindicais e sociais, estudantes, a OAB, a própria igreja católica (ROCHA, 1988) – que buscaram imprimir na nova Constituição uma outra história constitucional, voltada à busca pela concretização de direitos. E, nesse contexto, tornava-se evidente que novas demandas deveriam ser impostas ao judiciário. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mandado de Injunção na Ordem Constitucional Brasileira. *Análise e Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 12-19, set./dez. 1988.

¹² TV NACIONAL. 2º Programa Diário da Constituinte. Comissões, 09 abr. 1987. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y5OWWF6Kd64>>. Acesso em: 5 set. 2015.

postura adotada pela Comissão Afonso Arinos. O mandado de injunção surge exatamente nesse pano de fundo que veio a permear toda a ANC.

Contudo, uma breve observação, que será retomada à frente: esse empoderamento do Poder Judiciário defendido pelas “forças progressistas” obviamente não seria neutro. Qual judiciário seria esse? Quais seus poderes? Estaria ele aberto ao controle popular? Qual seria a estrutura do Supremo Tribunal Federal?

Retornando ao debate em torno do mandado de injunção na ANC, observa-se que o *writ* foi pensado inicialmente com o objetivo de enfrentar a omissão do administrador na viabilização da educação primária¹³. Confirma-se, nesse sentido, uma das propostas de redação da Subcomissão de Educação, Cultura e Desporto¹⁴:

Art. 3º. O dever do Estado para com a educação pública de todos os brasileiros efetivar-se-á prevalentemente pelas seguintes ações:

[...]

Parágrafo único. O acesso de todos os brasileiros à educação fundamental gratuita é um direito público subjetivo, acionável contra o Estado mediante mandado de injunção.

O escopo do instituto amplia-se, contudo, no decorrer dos debates. Tornar-se-á, em um segundo momento, uma ação constitucional voltada a enfrentar não apenas a inércia da Administração em dar cumprimento a uma política pública, mas à falta da elaboração de um ato normativo primário que discipline os direitos previstos pela Constituição. Nesse sentido, Bacelar (1987, grifo nosso) apresenta a seguinte sugestão de norma Constitucional: “os direitos conferidos por esta Constituição e que **dependem de lei ou de providências do Estado** serão assegurados por mandado de injunção, no caso de omissão do Poder Público”¹⁵.

A utilização do mandado de injunção foi pensada, até mesmo, como remédio para a lentidão da Justiça, como proposto por Bisol (1988)¹⁶:

Vou aproveitar o ensejo para, rapidamente, dar uma idéia de que isso não ocorrerá se este projeto for transformado em lei porque nele está garantida a

¹³ O objetivo do presente tópico é promover uma análise do discurso situar o paradigma em que se insere o debate em torno do mandado de injunção, não realizar um estudo histórico sobre o seu trâmite na Assembleia Nacional Constituinte. Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O Mandado de Injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 100, out./dez. 1988 e OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Reviravolta linguístico-pragmática**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

¹⁴ VIANA, Natércia Micheletti. **Educação na Assembleia Nacional Constituinte: debates da Subcomissão de Educação e Cultura, sobre ensino médio de 1987 a 1988**. 2013. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Curso de Processo Legislativo, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOP), Brasília, 2013, p. 42. Disponível em:

<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/15265/educacao_assembleia_viana.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 jan. 2016. 2001. No mesmo sítio, encontra-se estudo sobre a evolução da norma no âmbito da Comissão de Educação.

¹⁵ BACELAR, Ruy. Sugestão de Norma Constitucional. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, n. 367-1, 03 abr. 1987.

¹⁶ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 13ª reunião da Comissão da Soberania dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, p. 144, 12 jun. 1987.

celeridade da Justiça. **Se alguma coisa é encaminhada à Justiça e ela não resolve em tempo adequado, cabe o mandato de injunção**, para exigir que a solução seja dada. No sistema judiciário atual, isso seria realmente um obstáculo para a realização de desapropriações a nível municipal. Mas, se implantado o sistema que este Anteprojeto está propondo, na Constituição, essa demora não poderá ocorrer (Grifo nosso).

As propostas que se sucederam, contudo, acabaram por consolidar o *writ* como um instrumento voltado ao combate à omissão inconstitucional decorrente da falta de *regra jurídica* que regulamente a Constituição¹⁷. O foco na *falta de norma* não é, definitivamente, aleatório. Em primeiro lugar, pela razão mais óbvia: o receio do extenso rol de direitos fundamentais previstos pela Carta não sair do papel.

Em segundo, e principalmente, por *uma forma específica de crença depositada* na norma geral e abstrata: pautada em uma ideia de que direito e letra da lei constituem uma relação indissociável e inexorável. O texto seria a situação extrema que dividiria a existência, ou não, do direito.

Assim, como explica o constituinte Darcy Possa (PFL), o novo instituto teria como escopo combater a falta de *aplicabilidade* do texto constitucional nas hipóteses em que o Estado se omite de legislar sobre o tema¹⁸. Antônio Mariz foi ainda mais sintético. Para o constituinte, o objetivo do *writ* era transformar uma norma *meramente programática* em um exercício efetivo de direito. De acordo com Mariz (1987)¹⁹:

Igualmente, **o mandado de injunção que faz com que o antes era simples declaração era simples ponto programático, converta-se no exercício efetivo de um direito**. Do mesmo modo, a declaração de inconstitucionalidade. E, assim, todos os instrumentos que se colocam ao alcance do povo brasileiro para fazer valer esses direitos e liberdades fundamentais (Grifo nosso).

Nelson Jobim, já na Comissão de Redação, debatendo o controverso tema sobre a *lacuna* deixada pela Constituição ao não disciplinar a competência para o julgamento do *writ*,

¹⁷ Muito embora tenham existido, também, sugestões aproximando o mandado de injunção da proposta da Comissão Afonso Arinos para a omissão inconstitucional, tornando o instrumento inócuo. Do mesmo modo, evidentemente houve tentativas da direita de neutralizá-lo. Interessante matéria veiculada no Jornal do Brasil apresentava a seguinte chamada: *Constituintes denunciam manobras de conservadores*. Em seu corpo, afirmava que: “Há 5 dias, o deputado Haroldo Lima (PC do B-BA) ficou sabendo que constituintes como Ricardo Fiúza (PFL-PE), Sólon Borges (PTB-SP), Luís Eduardo Magalhães (PFL-BA) e César Cals (PDS-CE) defendem a necessidade de leis ordinárias para a aplicação de direitos como mandado de injunção, habeas data, mandado de segurança coletivo e ação popular de inconstitucionalidade”.

¹⁸ Assim é que, no rol dos Direitos e Garantias individuais, ao lado do Mandado de Segurança, como instrumento de defesa dos interesses do cidadão, incluímos o Mandado de injunção, visando permitir que a letra constitucional, à falta de Lei Complementar ou Ordinária que a regulamente, se tome realmente autoaplicável. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Reunião do dia 26 maio 1987. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, p. 11.

¹⁹ MARIZ, Antonio. Ata. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 32ª Reunião Extraordinária da Comissão de Sistematização. II Ata Circunstanciada. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, Suplemento C, p. 187, 24 set. 1987.

também explicita sua função: satisfazer o direito no caso concreto, sem que se prolate a norma geral e abstrata²⁰:

Sr. Presidente, nós aprovamos no texto que o mandado de injunção caberia a qualquer indivíduo sempre que a falta de norma regulamentadora tornasse inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade. O que se assegurou? **Assegurou-se que o Poder Judiciário pudesse, no caso concreto, não emitir a norma, mas satisfazer o direito que a norma faltante não satisfaz.** Este foi o objetivo (Grifo nosso).

Fazendo um breve resumo sobre os debates ocorridos durante a Assembleia Nacional Constituinte, pode-se afirmar que, apesar das evidentes disputas, prevaleceu um específico desenho institucional do *writ*: uma ação voltada à *concretude* de direitos inviabilizados pela inexistência de leis, como noticiado pelo Jornal *O Globo*²¹:

O ‘seu Silva’ ingressou com um recurso na Justiça para garantir o direito de seu filho estudar. O menino atingiu a idade escolar e não há vagas na rede pública. Como a Constituição afirma que a educação é um direito de todos, o ‘Seu Silva’ lançou mão do mandado de injunção para assegurar o cumprimento do preceito constitucional. Se ganhar, o Estado terá de baixar uma norma para viabilizar o ingresso do menino numa escola.
Este é um exemplo de como funcionará o mandado de injunção, uma das inovações que ampliam o leque de instrumentos ao alcance dos cidadãos para tornar viável o exercício dos direitos e liberdades previstos pela Carta.

Contudo, evidentemente essa vertente vitoriosa do *writ* na ANC foi objeto de uma enxurrada de críticas incidentes tanto sobre suas premissas quanto suas promessas. “A Constituição dá, mas quem é que vai pagar?”²², afirmava o Deputado Jofran Frejat (PFL-DF) ao *Jornal do Brasil*.

Roberto Campos (PDS-MT)²³ compartilha da mesma opinião de Frejat, mas de forma muito mais sofisticada. Para ele, a Constituição de 1988 seria “utópica no seu aspecto social, generosa na política, irrealista na economia e engraçada na parte cultural”. Ainda segundo Campos (1988), “se direitos sociais fossem assegurados por uma Constituição se deveria fazer uma Constituição por ano”²⁴. Especificamente sobre o mandado de injunção, diz que sua criação permitiria ao cidadão do interior da Paraíba, por meio do Judiciário, exigir uma mesma remuneração percebida em São Paulo. Contudo, ressaltou, essa remuneração, *em razão das condições socioeconômicas brasileiras*, não seria paga.

Ives Gandra Martins (1988), criticando o mandado de injunção e a nova Constituição,

²⁰ JOBIM, Nelson. Ata. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Redação. Ata da 4ª Reunião Ordinária. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, 14 set. 1988.

²¹ AS GARANTIAS do novo cidadão. **O Globo**, Rio de Janeiro, 2 set. 1988. O País. 5B.

²² FREJAT, Jofran. Entrevista. In: SAMARCO, Christiane. Autores divergem sobre auto-aplicação da Carta. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 21 set. 1988.

²³ ROBERTO Campos ataca a nova carta. **Jornal da Tarde**, São Paulo, n. 7006, p. 3, 24 set. 1988.

²⁴ Ibid., p. 3.

afirma que o Judiciário interpreta as normas oriundas do Parlamento. Contudo, a *Carta* – com seu conteúdo programático – deslocou para o Judiciário a centralidade do debate, já que nem a lei poderá interpretá-la²⁵:

Como todos sabem, são três os Poderes que regem o País: o Legislativo (agora também com a nova Constituição, que também é um Poder), o Executivo e o Judiciário. Este último interpreta o Legislativo. **Acontece que a partir do dia 5 de Outubro, quem passa a ser o detentor é o Judiciário, pois será ele quem interpretará a nova Carta. E mesmo a lei complementar e ordinária está subordinada a um texto que não pode ser mais modificado, só interpretado pelo Poder Judiciário.** Isso significa que os advogados, juristas, professores de Direito, bacharéis, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário serão os detentores da interpretação do texto constitucional (Grifo nosso).

Trocando em miúdos, as divergências centrais opostas ao *writ*, embora fundamentem-se no princípio da separação dos Poderes e nas limitações do judiciário em, concretamente, *criar* uma norma jurídica, não podem ser dissociadas de uma questão mais ampla: em que medida vai-se impor ao Estado, pela primeira vez na história, um papel efetivo de concretizador de direitos.

O que está em jogo, em última análise, não é uma mera divergência em torno de conceitos jurídicos, mas da disputa interna entre os diversos campos²⁶ do Estado (BOURDIEU, 2014) para definir em que medida será possível utilizar de seu capital, simbólico e econômico, para intervir na concretização de direitos, notadamente os de natureza social.

Estava em debate o papel do Estado, mais especificamente do Poder Judiciário, em face de um determinado modelo de desenvolvimento socioeconômico operado desde 1850 que, embora tenha representado crescimento quantitativo, não fora capaz de retirar o Brasil de seu subdesenvolvimento, especialmente em razão de sua base concentradora de renda e de riqueza, como explica João Antônio de Paula (2015, p. 18):

Desde pelo menos 1850, o Brasil tem experimentado não só significativos processos de modernização, como expressivas taxas de crescimento econômico e diversificação da estrutura produtiva [...] Com efeito, a economia brasileira cresceu significativamente, por muito tempo foi a economia capitalista que mais cresceu no mundo depois do Japão, entre 1900 e 1987, e no entanto isso não significou levar o país à condição de desenvolvido. O crescimento da economia brasileira tem se dado de forma excludente, como parte de um sistema geral concentrador de renda e de riqueza, em que os frutos da modernização e do crescimento são assimetricamente apropriados, resultando daí desigualdades sociais iníquas e confirmadoras do subdesenvolvimento.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra. Entrevista. In: MANDADO de Injunção vai criar Problemas. **Jornal da Tarde**, São Paulo, 26 set. 1988.

²⁶ Bourdieu (2014, p. 25) sustenta a tese da constituição progressiva de um conjunto de campos – jurídico, administrativo, intelectual, parlamentar –, cada um deles como espaço de lutas específicas, uns comprometidos com os outros, enfrentamento em cujo transcurso se inventa esse poder *metacampo* consolidado no Estado moderno. BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Trad.: Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

O mandado de injunção, na medida em que passou a ocupar se não a principal, ao menos uma das principais inovações da Constituição de 1988 com o objetivo de efetivar direitos, marcou nitidamente a divisão dos juristas em dois campos distintos. A dicotomia entre *progressistas* e *conservadores/reacionários* foi reiteradamente utilizada como representativa dessa diferença²⁷. Assim, por um lado, situavam-se aqueles que enxergavam, ou ao menos vislumbravam, a Constituição como um instrumento de mudança social no Brasil – embora, no seio desse grupo, pairasse uma enorme divergência do que significaria essa mudança²⁸. Por outro, os que viam na Constituição não a representação de um poder constituinte originário, inaugurando uma nova ordem, mas um instrumento de mera *transição* (pelo alto).

Nesse sentido, como explica o então progressista Fernando Henrique Cardoso ao jornal *Gazeta Mercantil*²⁹, as forças reacionárias teriam trabalhado reiteradamente para impedir a efetividade da Constituição, inclusive em relação ao mandado de injunção:

Parece-me estranho que ainda nem promulgada a Constituição as forças reacionárias comecem a criar condições para dificultar a sua vigência. Assim reagiu o senador Fernando Henrique Cardoso (PSDB-SP) aos comentários do procurador geral da República, de que o mandado de injunção não seria auto-aplicável.

Como ao procurador geral cabe a defesa das regras constitucionais e como, no caso, o atual procurador, o doutor Pertence, sempre foi progressista, parece-me que cabe mais a ele do que a mim desobstruir os caminhos jurídicos para a implementação do mandado de injunção.

Um dos artifícios reiteradamente utilizados pelos conservadores foi o de estimular o medo na população de que a Constituição faria do Brasil um país ingovernável, com o nítido

²⁷ Koerner e Freitas (2013, p. 177), analisando a influência do STF na Constituinte, por um lado, e da Constituinte no STF, por outro, sustentam que, anteriormente à promulgação da Constituição, os Ministros do STF cumpriram papel determinante não apenas na formulação da opinião pública a partir da posição dos setores conservadores, como tomaram decisões premeditadas de forma a limitar o seu caráter transformador. Entre os pontos estaria justamente o mandado de injunção. “No final do processo constituinte, os ministros atuaram como opinantes constitucionais, uma parte deles aliada a conservadores que faziam prognósticos apocalípticos sobre os efeitos da nova Constituição e que estariam na linha de frente das reformas neoliberais nos anos seguintes. Outros ministros adotaram um otimismo moderado e os demais, uma atitude discreta. Mas concordavam com os conservadores sobre a não aplicação de algumas disposições constitucionais substantivas. **No momento que antecede a promulgação da Constituição, o STF coordena sua ação com os dirigentes dos tribunais sobre a forma de interpretar os dispositivos polêmicos, como o mandado de injunção e o habeas data, limitando a sua eficácia imediata. Assim, sua pré-compreensão da Constituição de 1988 caracteriza-se pela perspectiva da continuidade política com o regime anterior,** bem como a preocupação com a estabilidade social e a governabilidade diante dos novos direitos e garantias e da redefinição dos poderes governamentais”. KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, 88, p. 141-184, 2013.

²⁸ Essa divergência pode ser facilmente representável pela não assinatura da Constituição pelo Partido dos Trabalhadores.

²⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. Entrevista. In: MANDADO de injunção provoca polêmica entre governo e Congresso. *Jornal Gazeta Mercantil*, São Paulo, 26 set.1988.

objetivo de frear seus avanços³⁰. Esse recurso fica claro, por exemplo, no discurso proferido por Ruy Mesquita, diretor do *Jornal da Tarde*³¹, fazendo recurso à hiperinflação, pânico que atormentava o país na época, especialmente os mais pobres, sem acesso à rede bancária:

Com a entrada em vigor da nova Constituição, tenho a impressão que, em dois ou três meses, chegaremos à explosão hiperinflacionária e, evidentemente, não ficará incólume o próprio regime político em que vivemos.

O editorial do mesmo jornal³², datado de 26/09/1988, é ainda mais assustador. Inicia afirmando que, com a promulgação da Constituição, que deveria significar “o último momento da transição, iniciada com a passagem da ditadura dos generais e dos tecnocratas para uma ‘Nova República’”, a ANC se mostrara como incapaz de atingir suas finalidades. O país passaria, então, por um momento de *perplexidade jurídica*, “na medida em que ninguém saberá ao certo como proceder sob a égide desse vasto e desconjuntado repertório de normas constitucionais [...]”. A imprecisão técnico-jurídica de seu texto, obscuro e incoerente do ponto de vista lógico-formal, poderia implicar a impossibilidade da construção de uma democracia. Ademais, depositava-se no Poder Judiciário, “um órgão neutro e técnico pela própria natureza de suas funções arbitrais e judicantes”, a esperança de que ele atuasse “com sensibilidade política”. Interessante observação, nesse sentido, feita sobre o mandado de injunção, que seria um meio de a esquerda radical fomentar a luta de classes, exigindo-se a concretização de direitos que nem o Estado nem o mercado seriam capazes de suportar:

O problema é que as inseguranças e incertezas inerentes à nova Constituição são tão grandes que o Supremo, evidentemente, ficará sobrecarregado de processos. **E o mais grave é que grande parte dessa sobrecarga de trabalho será fruto de propósitos deliberadamente políticos, dada a disposição de certos grupos mais radicais de transformar o mandado de injunção num instrumento de confrontação e luta de classes.** Que sentido tem a atitude do PT que votou contra a aprovação do texto final da nova Carta? Como a imprensa tem noticiado, setores so-disant “progressistas” da igreja, aliados à CUT e aos partidos esquerdistas já estão preparando diversos mandados de injunção procurando garantir a aplicação imediata de inúmeros direitos trabalhistas e coletivos, sem que nem o Estado nem a própria economia tenham condições materiais e operacionais de pô-los em vigência imediatamente (Grifo nosso).

O desenvolvimento da teoria concretista individual, portanto, não pode ser pensada simplesmente do ponto de vista de uma mudança conceitual na dogmática jurídica. Mais que isso, deve ser compreendida em um contexto mais amplo das transformações brasileiras que,

³⁰ Nesse sentido, Bonavides e Andrade (2004) declaram que “o então Presidente da República José Sarney, nas vésperas da promulgação da Constituição, emitiu pronunciamento em rede nacional concebendo o futuro do país como absolutamente aterrorizante, já que a nova Carta faria do Brasil um país ingovernável”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Editora da OAB, 2004.

³¹ MESQUITA, Ruy. O que o país vai perder com esse texto. **Jornal da Tarde**, São Paulo, 20 set. 1988. Política Constituinte.

³² COM O perdão do Dr. Ulysses, estamos longe de chegar. **Jornal da Tarde**, São Paulo, 26 set. 1988. Editorial.

diante da nova tessitura social decorrente de sua rápida urbanização (HOLSTON, 2013), conjugada com a abertura política e a participação de novos atores na esfera pública, impuseram um novo horizonte histórico sobre as exigências atribuídas ao Estado e, mais particularmente, ao Judiciário³³.

Neste momento não será possível adentrar na fascinante, complexa e contraditória teia de acontecimentos que, a partir da transição democrática, alterou substancialmente o papel do Judiciário na separação dos Poderes. Mais que isso, seremos obrigados a abdicar desse debate fundamental para percorrer, a partir do mandado de injunção, apenas um de seus efeitos: a identificação dos instrumentos mobilizados para o empoderamento do Judiciário. Mais especificamente, como a alteração do modo pelo qual o Judiciário constrói o direito lhe permitiu uma ampliação de seus poderes. Buscaremos identificar não apenas a construção argumentativa mas também o horizonte de sentidos que fizeram com que, em menos de 20 (vinte) anos, o STF saísse de uma posição de total subserviência aos “Poderes Políticos” para se legitimar no papel de prolator das normas gerais e abstratas aplicadas pelos Tribunais inferiores e pela Administração Pública.

A proposta de redação do jurista e então Deputado Michel Temer para o mandado de injunção, diante da clareza com que enuncia os rumos a serem adotados pela teoria concretista individual, é uma trilha interessante a ser seguida:

Emenda 297 ao n. 35 do Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. Fase B. Deputado Michel Temer.

35. “Todos os princípios e normas constitucionais são de exigibilidade imediata, cabendo a qualquer beneficiário de suas disposições ou à respectiva entidade de classe propor mandado de injunção para que sejam asseguradas no caso concreto. Seu objeto será a anulação do ato que contraria a disposição constitucional ou o suprimento da omissão em efetivá-la, **ainda que devida à ausência de norma regulamentadora, caso em que o Poder Judiciário, (sic) decidirá a lide pela aplicação analógica da legislação estrangeira, dos princípios gerais de direito e do ideal de justiça extraído da sistemática constitucional**” (TEMER apud OLIVEIRA, 1998, p. 217, grifo nosso).

A proposição deixa claro que: a) a teoria aposta na ampliação dos poderes do magistrado como meio de garantir a efetividade da Constituição, quando não disciplinada pelo legislador ordinário; b) essa ampliação de poderes do magistrado dar-se-á por meio da

³³ Segundo Foucault (2009, p. 8-9): “[...] as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazer nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objeto, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história [...] Os discursos, mesmo os que reclamam e fazem uso de uma tecnicidade jurídica, não são meros fatos linguísticos, mas devem ser compreendidos como “jogos estratégicos, de ação e de reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquivas, como também de lutas”. FOULCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009.

ampliação de sua *discrecionariade*, que deverá ser fundamentada, inicialmente, nos instrumentos metodológicos clássicos de heterointegração e autointegração do ordenamento.

Quais são as premissas, as consequências e as variantes dessa proposta são o tema a ser em seguida aprofundado a partir da doutrina para, então, ser utilizado como aproximação para o estudo da jurisprudência do STF – o *corpus* principal utilizado na presente dissertação.

2.3 Aprofundando o debate doutrinário. I) A teoria da não autoaplicabilidade das normas constitucionais como base para as teorias não concretistas e concretista individual. II) O incremento da discrecionariade do magistrado como estratégia adotada pela teoria concretista individual para dar efetividade ao *writ*. III) Da discrecionariade do magistrado à jurisprudência de valores

2.3.1 A classificação das normas em aplicáveis e não autoaplicáveis como premissa indissociável do debate doutrinário e jurisprudencial em torno do mandado de injunção

O ponto de partida do qual se desenvolveu o debate em torno do mandado de injunção na doutrina, assim como na Assembleia Nacional Constituinte, é a existência de normas constitucionais que, por uma série de razões, não gozam de aplicabilidade imediata, demandando sua integração pelo Poder Legislativo – ou, excepcionalmente, pelo Poder Executivo. Ambos os lados da celeuma adotam, portanto, a classificação amplamente difundida na doutrina de que as normas constitucionais são classificadas em autoaplicáveis e não autoaplicáveis – não por acaso essa questão foi tratada em sede de questão de ordem no Mandado de Injunção 107, que fixou a jurisprudência do STF sobre a matéria.

Com efeito, o objetivo do *writ* seria tornar as normas não autoaplicáveis em autoaplicáveis, como explica Carmen Lúcia Rocha (1988):

Tornar-se auto-executável regra constitucional não dotada de todos os elementos e meios necessários à produção de efeitos integrais e típicos dela decorrentes. Para que se possa fazer plena a eficácia da regra constitucional constitutiva ou garantidora de direito ou prerrogativa impõe-se, então, que haja um direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente reconhecida e assegurada e cujo exercício se acanhe por carência de dados que os viariam a inteirar **no bojo de uma norma, a qual, contudo, falta** (Grifo nosso).

É o que se apreende, também, *contrario sensu*, do texto de Barbi (1991): “Por isso, devem-se excluir do campo de proteção do mandado de injunção os direitos, liberdades e prerrogativas auto-aplicáveis, isto é, que não dependem de norma regulamentadora”.

O compartilhamento da concepção em torno da autoaplicabilidade das normas parece algo secundário, mas, definitivamente, não é. Trata-se da ponta de um enorme *iceberg*

(DWORKIN, 2009) cuja base, submersa, esconde os pressupostos teóricos não problematizados da teoria do direito que fundamenta as escolas divergentes.

O tema da autoaplicabilidade das normas constitucionais é difundido e sistematizado entre nós, especialmente, pelo grande constitucionalista José Afonso da Silva, em obra datada de 1967. Contudo, como leciona o próprio autor, foi Rui Barbosa quem, interpretando as obras de Cooley, introduziu a problematização do tema entre nós.

Para Barbosa, pode-se conceituar as normas autoexecutáveis como:

as determinações, para executar as quais não se haja um processo especial, e aquela onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação (BARBOSA apud AFONSO DA SILVA, 2012, p. 74).

Já as não autoexecutáveis são as normas que:

não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem” (BARBOSA apud AFONSO DA SILVA, 2012, p. 74).

Essa teoria, denominada no direito norte-americano de *self-enforcing/not self-executing provision*, se desenvolve tendo como pano de fundo uma determinada pré-compreensão do que seria a função da Constituição. Como leciona Afonso da Silva (2012, p. 73), “a distinção surgiu da verificação de que as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente aplicados pelo legislador ordinário [...]”. A Constituição deveria ser, assim, principiológica, não tendo de traçar as minúcias de sua aplicação – ideal ainda hoje compartilhado por diversos autores³⁴.

Afonso da Silva (2012) observa que esse modelo de Constituição difere-se, pois, daquelas promulgadas após a II Guerra Mundial, empenhadas com a defesa de valores sociais que o século XIX não contemplava. Sustenta o autor, assim, que seria necessário atualizar e sistematizar a teoria para abranger, por exemplo, as normas programáticas, fundamentais para se compreender os compromissos assumidos pelo Estado Social.

Ademais, não seria mais admissível sustentar que normas constitucionais não gozem de qualquer eficácia, como sustentado pela doutrina norte-americana: para o autor, mesmo as normas não autoaplicáveis pressupõem uma eficácia mínima, de revogar as disposições que

³⁴ Miguel Reale (1995, p. 7), nesse sentido, afirma que “tudo é reflexo, note-se, do vício radical de tudo se querer de antemão determinar no próprio texto da Constituição, incidindo-se no vício do *totalitarismo normativo*, o qual acaba comprometendo o diálogo democrático, por não deixar espaço ao legislador ordinário, normalmente encarregado de atender às inevitáveis alterações operadas no plano dos fatos e dos valores, adequando constantemente as disposições legais à experiência histórica”. REALE, Miguel. **Problemas brasileiros: Reforma Constitucional e Organização dos Poderes Executivo e Legislativo**. São Paulo: FIESP/CIESP, 1995. 30 p.

lhes são contrárias. Afonso da Silva (2012) desenvolverá sua teoria, portanto, com o objetivo de reforçar o papel da Constituição como fundamento de validade de toda ordem jurídica estatal, rechaçando as teorias que diminuía sua normatividade – posicionamento que ganhou força especialmente a partir do início do século XX e que teve em Kelsen um autor fundamental (BERCOVICI, 2008).

Proporá o autor, então, classificar as normas constitucionais em 3 (três) categorias: normas de eficácia plena, contida e limitada. Antes de conceituá-la, contudo, deve-se compreender o conceito de *eficácia* do autor.

Em primeiro lugar, Afonso da Silva (2012, p. 65) distingue a positividade da vigência da eficácia do direito. Positividade e vigência podem assim ser conceituadas:

- I – A **positividade** “exprime a característica de um Direito que rege, in concreto, a conduta humana, mediante normas bilaterais e atributivas socialmente postas”;
- II – **Vigência** do Direito, ou Direito vigente, caracteriza o Direito que rege, aqui e agora, *hic et nunc*, as relações sociais; refere-se ao Direito presente; designa a existência específica de uma norma, opondo-se ao direito histórico. (Grifo nosso).

Já a eficácia pode ser observada sobre dois vieses. A eficácia social, que diz respeito ao cumprimento da norma no plano dos fatos. É a análise social dos efeitos da norma. A eficácia jurídica, por sua vez, “designa a *qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*” (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 66, grifo nosso), sendo, portanto, esse o maior interesse de sua pesquisa.

Observa-se que, na esteira da doutrina Kelseniana, Afonso da Silva (2012, p. 64) proporá um determinado recorte entre facticidade e validade: ao direito importa a análise do mundo normativo, do dever-ser, não o dos fatos. Afonso da Silva (2012, p. 64) ressalta esse aspecto de sua teoria:

Kelsen dá nítida prevalência à vigência, desde que entende que esta pertence à ordem do dever-ser, isto é, da norma como objeto do direito, enquanto a eficácia pertence à ordem do ser, dos fatos; mas acha que um mínimo de eficácia é condição de vigência da norma.

Postas essas premissas, o autor conceitua as normas de aplicabilidade imediata como sendo aquelas que “incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata*, porque dotada de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade” (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 100).

Observa-se, pois, que para se concluir sobre a aplicabilidade da norma, uma das questões centrais observadas deve ser a interpretação de seu texto. Afonso da Silva (2012, p. 98) assevera que “(a autoaplicabilidade) se reconhece pela própria linguagem do texto, porque

a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados”.

As normas de eficácia contida, por sua vez, dispõem de todas as condições para a sua aplicação, “visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam”. Contudo, remetem à possibilidade de, futuramente, a lei restringir o alcance de sua eficácia, em regra, limitando direitos subjetivos de indivíduos ou grupos visando garantir o interesse público (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 102).

Por fim, as normas de eficácia limitada são classificadas por Afonso da Silva em duas. Em primeiro lugar, as normas constitucionais de *princípio indutivo*, que são aquelas cuja aplicabilidade encontra-se dependente de legislação futura. “As normas de que se trata aqui são as nãoprogramáticas dependentes de legislação. São de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena [...]” (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 120). Diferem-se, por sua vez, das normas *programáticas*, que são aquelas em que o constituinte, imbuído do novo espírito decorrente do Estado social, estabelece princípios gerais a serem cumpridos pelos órgãos públicos sem que os venha a regulá-lo – limitando-se a enunciar diretrizes.

Muito embora haja na doutrina tentativa de aprimorar a teoria de Afonso da Silva, fazendo-se referência especial ao trabalho de Maria Helena Diniz (2009), as bases de sua teoria fundamentarão toda a discussão em torno do mandado de injunção, inclusive após 2007.

2.3.2 Lacuna técnica, subsunção e outras características centrais do paradigma em que se assenta o debate em torno da autoaplicabilidade das normas constitucionais

2.3.2.1 Lacunas e meios de integração do ordenamento: o aumento do poder da discricionariedade do magistrado como critério diferenciador das correntes concretista individual e não concretista

Conforme se observou no item anterior, as normas constitucionais ostentariam um gradualismo em sua eficácia, segundo a doutrina majoritária. Haveria, segundo Diniz (2009, p. 121), “um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais”, já que as normas de eficácia plena permitem a incidência imediata, enquanto as de eficácia limitada careceriam de “normação constitucional” posterior.

O problema da não autoaplicabilidade das normas jurídicas que demandariam o ajuizamento do mandado de injunção estaria relacionado à ideia de lacuna do ordenamento, ou seja, aquelas hipóteses em que não existe norma geral e abstrata para disciplinar uma

determinada situação. Nos dizeres de Diniz (2009, p. 23):

A lacuna constitui um estado incompleto do sistema, que deve ser colmatado ante o princípio da plenitude do sistema jurídico, que pode levar à correção do direito incorreto, solucionando antinomias, visto que o sistema deverá teoricamente formar um todo coerente, excluindo qualquer contradição lógica nas asserções feitas pelo jurista, elaborador do sistema, sobre as normas, para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito.

Interessante notar que essa lacuna goza, contudo, de importante especificidade, uma vez que o direito vindicado é positivado pela Constituição. Mas, em razão de especificidades de seu texto, dependeria de outra norma para lhe assegurar eficácia. Em razão dessa especificidade, Diniz (apud MELLO, 1990) qualificaria essa lacuna como “*técnica*”, pois haveria “*ausência de uma norma imprescindível para que outra produza efeitos jurídicos*”³⁵.

Em situações ordinárias de lacuna, a solução seria colmatá-la à luz das técnicas de integração do ordenamento, como leciona novamente Diniz:

Como estamos diante de uma **lacuna técnica**, ou seja, da **ausência de uma norma imprescindível para que outra produza efeitos jurídicos**, parece-nos que o órgão judicante deveria decidir por meio da **integração**, colmatando a lacuna. O magistrado encontra-se, de fato, ante a questão problemática de decidir caso não regulamentado normativamente (DINIZ, 2009, 43, grifo nosso).

Ainda segundo a autora, é a Lei de Introdução ao Código Civil que disciplina os métodos de integração, devendo ser o referencial legal utilizado pelo intérprete. Segundo seu artigo 4º³⁶, as lacunas serão supridas pela interpretação analógica, pelos costumes e princípios gerais de direito.

O cenário desenvolvido por Maria Helena Diniz é razoavelmente compartilhado tanto pelos não concretistas quanto pelos concretistas individuais. Ambos reconhecem, ao contrário dos *exegetas*, que a linguagem é plurissignificativa e, portanto, não é possível dispor de total controle sobre ela. Concordam, ainda, como há muito já explicitado por Kelsen, que a decisão judicial cria direito, como reconhece Moreira Alves (2011)³⁷:

Toda a decisão judicial não deixa de ser no fundo a ‘criação de um direito,’ disse. Segundo ele, **o que há de diferente é a intensidade dessa criação**, pois o STF está criando direito novo em vários temas (Grifo nosso).

Mas, ainda com Moreira Alves, a questão é o *grau de criação desse direito*. A teoria

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 38. *Apud* MELLO, Celso de. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107. Questão Ordem. Voto: Celso de Mello, **Diário de Justiça**, 21 set. 1990, p. 57. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

³⁶ Art. 4º, Decreto-Lei 4.657/42. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³⁷ MOREIRA ALVES. Entrevista. In: BASILE, Juliano. Carta não autoriza STF a criar norma. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/impreso/politica/carta-nao-autoriza-stf-criar-norma-diz-moreira-alves>> Acesso em: 5 de out. de 2015.

não concretista, que tem no ministro seu principal expoente, será restritiva quanto a sua utilização, admitindo-a apenas diante de expressa previsão legal. Deposita, pois, uma maior crença em um ordenamento uno e completo, bem como demonstra receio quanto à ideia de um juiz que afronte o princípio da separação dos Poderes, exercendo tarefa política.

Já a teoria concretista individual, de outro modo, apostará na ampliação da ideia de *discrecionalidade* do magistrado como uma solução possível para o suprimimento da lacuna: seja por meio dos critérios de auto/heterointegração ou pela *equidade* – interpretada de acordo com os postulados positivistas³⁸ – o objetivo é dotar o juiz de poderes de resolver o caso concreto para o qual não exista uma norma geral e abstrata que subsuma ao caso.

A diferença entre as correntes, em abstrato, e até mesmo na prática, é difícil de ser observada. Interessante passagem do voto do ministro Octavio Gallotti talvez deixe a presente assertiva um pouco mais clara. Segundo Gallotti (1992, p. 66), há que se diferenciar a lacuna, passível de ser integrada pela analogia, da falta de norma regulamentadora, que inviabilizaria a manifestação do Poder Judiciário sobre a matéria, sob pena de afronta à atividade política do Legislativo. Veja-se³⁹:

No caso em apreciação, Sr. Presidente, penso que o que ocorre é, verdadeiramente, a falta de norma regulamentadora e não a simples lacuna que torno possível o emprego da analogia. Por isso, estou acompanhando o voto do eminente Ministro MOREIRA ALVES, que abre, ao Poder Legislativo, o ensejo de suprir a falta de norma regulamentadora, em determinado prazo, editando a lei necessária.

Se estivesse convencido de que houvesse simplesmente uma lacuna, supriável por meio de analogia, **segundo critério objetivo do magistrado, sem depender do critério subjetivo do legislador, penso que seria, então forçado a admitir que o caso não seria de mandado de injunção e sim de mandado de segurança ou outro instrumento processual, que não o mandado de injunção** (Grifo nosso).

É na utilização da ideia de *equidade*, contudo, que se observa com mais clareza como as doutrinas em disputa atribuem, ou não, ao magistrado, uma maior gama de poderes. Diante da constatação de que a interpretação da lei é, efetivamente, incontrolável bem como incapaz de estabelecer, geral e abstratamente, todas as situações possíveis no mundo dos fatos, a

³⁸ Nesse sentido, Streck (2011, p. 79) afirma que: “releva registrar, desse modo, que a *discrecionalidade* e o positivismo normativista buscam fechar as lacunas de racionalidade – ou, no limite, ausência de racionalidade – por uma metodologia teleologicamente dependente do sujeito que concretiza o ato. Tudo isso não permite que eles saiam dos braços da filosofia da consciência. É por isso que venho sustentando que somente é possível superar o positivismo a partir da ruptura com o esquema sujeito-objeto introduzido pela filosofia da consciência, isto porque o positivismo está indissociavelmente dependente do sujeito solipsista”. STRECK, L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁹ GALLOTTI, Octávio. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Voto: Ministro Octavio Gallotti, p. 66. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 22 out. 2015.

equidade será um recurso central com que os concretistas individuais atribuem ao magistrado o poder de suprir as lacunas – mas sempre a partir de seu juízo individual.

A equidade, em síntese, seria um critério que o ordenamento conferiria ao magistrado para fazer justiça diante de um caso concreto nas hipóteses de lacuna. Mas, repita-se, o faria a partir de seu próprio convencimento, como deixa claro a manifestação de Moreira Alves (1991), criticando o seu uso indevido, ou seja, fora das hipóteses autorizadas pela lei:

Ao estabelecer a Constituição que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, estabelece ela que vigora, no Brasil, o sistema estrito da legalidade, **só podendo o juiz julgar por equidade, quando a lei, excepcionalmente, o admite de modo expresse**⁴⁰. (Grifo nosso)

Carlos Mário Veloso é um dos que desenvolveu teoricamente a doutrina, bem como a levou para o Supremo Tribunal Federal. Ressaltando que o surgimento do mandado de injunção no Brasil se dera fazendo referência à ideia de *equity*, do direito anglo-americano, o autor afirma que a equidade seria o critério para a criação da norma individual. Ressalte-se que o próprio ministro diferencia a jurisdição de equidade, em que se cria a norma com base na *equity*, do juízo de equidade, em que se adapta a norma já preexistente às peculiaridades do caso concreto em que, a princípio, não teria cabimento:

[...] o Tribunal elabora a norma para o caso concreto e a aplica. Temos, nesta hipótese, aquilo que os americanos conhecem sobejamente: a jurisdição por equidade.
Inexistente a norma, o juiz em primeiro lugar, a formulará para o caso concreto e, em seguida, a aplica. Jurisdição de equidade que difere do juízo de equidade.
Na jurisdição de equidade há a formulação da norma para o caso concreto. No juízo de equidade a norma que já existe – preexistente – simplesmente é ajustada às peculiaridades do caso, ajustada às circunstâncias de tempo e lugar.⁴¹

Por meio da equidade, assim, será o juízo individual do magistrado sobre o conceito de justiça que dará concretude à Constituição. Ressalte-se que, além de Veloso, o ministro Ilmar Galvão (1995) adotou expressamente o entendimento de que, na previsão constitucional do *writ*, “está contida a previsão de julgamento por equidade [...], já que a norma foi editada para o fim de obviar a falta de lei regulamentadora, que está a inviabilizar o exercício dos direitos atribuídos pela Constituição [...]”⁴².

A doutrina da equidade, que será adotada pelo Novo Código de Processo Civil⁴³, não

⁴⁰ MOREIRA ALVES. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232/RJ. Relator: Moreira Alves. Julgado em 02/08/1991. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992.

⁴¹ VELOSO, Carlos Mário. A Nova Feição do Mandado de Injunção. **Rev. de Dir. Público**, São Paulo, n. 100, p. 169-174, out./ dez. 1991.

⁴² GALVÃO, Ilmar. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Ilmar Galvão. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 maio 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 8 out. 2015.

⁴³ **Art. 140, Lei 13.105.2015**. “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do

obteve aceitação unânime entre os concretistas individuais. Calmon de Passos (1991) diverge frontalmente de sua utilização. Segundo o autor, a Constituição atribuir aos magistrados, individualmente considerados, a possibilidade de julgar as demandas a ele submetidas a partir de seu entendimento pessoal de justiça, desconsiderando-se o disposto na Constituição da República, implicaria em afronta ao princípio democrático, à segurança jurídica e à separação de Poderes. Veja-se:

A Constituição define, com vocação universalizante e propósitos de permanência, princípios; consagra, do mesmo modo, valores fundamentais, traça limites que alicerçam a segurança da convivência social, e **admitir-se a edição de uma norma subconstitucional sem submissão à Constituição (que é lei), mas segundo os valores que informam o senso ou sentido de equidade do julgador, seria dar-se a esse homem, ou a esses homens, um poder que se recusa, terminantemente, a todos os demais.** Teríamos um legislador constituinte acima do próprio legislador constituinte especialmente escolhido pelo povo para representá-lo na edição do pacto político fundamental. (PASSOS, 1991, p. 105, grifo nosso).

A pertinente e enfática divergência trazida por Calmon de Passos reforça o que está em jogo em relação à equidade: o reforço do papel do Judiciário por meio do deslocamento do magistrado de poderes para que realize justiça de acordo com seus valores individuais.

Assim, em síntese, contrapondo-se às teorias em análise, observa-se que entre elas não há uma grande ruptura sobre a pré-compreensão em torno do que é e como se interpreta o direito (DWORKIN, 1999; MÜLLER, 2011), mas como ele se relaciona com a política e, especialmente, quais são os limites e possibilidades do Poder Judiciário nessa zona de fronteira. Nesse primeiro momento, o direito expande-se, mas essencialmente na mesma base teórica.

Desse modo, sem superar o paradigma da filosofia da consciência⁴⁴, o que está em disputa é a derrubada *de outro* importante pilar do paradigma liberal que, no Brasil, demorou a cair: a pré-compreensão de que a interpretação do direito pelo Judiciário deve buscar a preservação das regras que ele interpreta e sistematiza (FERRAZ JÚNIOR, 1999).

ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Para a crítica do dispositivo, veja-se: STRECK, Lênio; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC e a decisão por equidade: a canibalização do direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canibalizacao-direito>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

⁴⁴ Habermas (2002b) sustenta a tese de que o paradigma da filosofia da consciência já está esgotado há algum tempo. Para o autor, não é suficiente, para uma compreensão adequada do mundo, uma filosofia em que sujeito cognoscente se dirige exclusivamente a si mesmo, como se se dirigisse às demais entidade do mundo. Ao contrário, propõe o que denominou de paradigma do entendimento recíproco, em que se torna fundamental “a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo do mundo (HABERMAS, 2002b, p. 414)”. “[...] a primeira pessoa, dobrada sobre si mesma em atitude performativa a partir do ângulo de visão da segunda, pode entretanto reconstruir seus atos realizados irrefletidamente. Uma reconstrução reconstituente do saber desde sempre aplicado ocupa o lugar do saber objetivado reflexivamente, isto é, o lugar da consciência de si” (HABERMAS, 2002b, p. 415). HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

Regina Quaresma, escrevendo já em 1994, evidencia essa conclusão. Para a autora, o mandado de injunção tem como objetivo garantir o “cumprimento de preceitos constitucionais ainda não integrados por normas regulamentadoras que devem ser *produzidas* através da atuação direta do Poder Legislativo e/ou Executivo” (QUARESMA, 1994, p. 89). Sua premissa, prossegue a autora, é o fortalecimento do chamado Estado-juiz, tendo o constituinte eleito o Poder Judiciário como órgão para proteger os direitos fundamentais. Veja-se:

Não configuraria exagero afirmar que o texto constitucional de 1988 ‘gerou’ o que podemos denominar Estado-Juiz, e o Poder Judiciário foi a instituição eleita a proteger os Direitos e Garantias Fundamentais.

Ora, a maior sanção que este Poder poderia aplicar ao Parlamento omissor seria justamente **fazer a lei**, como ocorre no inspirador *writ of injunction*, **solucionar, por equidade o caso concreto**, até o órgão competente regulamentar a norma faltante, como inclusive indica a lei. Qual a invasão inconcebível estaria o Judiciário a cometer? Entendemos que nenhuma! (QUARESMA, 1994, p. 98-99).

2.3.2.2 A teoria subjacente à ideia de lacunas do ordenamento: a herança neopositivista.

Está subjacente à concepção de *lacunas* uma teoria que concebe o ordenamento jurídico composto, sobretudo, por regras que, ao disciplinarem previamente suas condições de aplicação, subsumem-se ao caso concreto por uma operação lógico-dedutiva. Trata-se de uma longa tradição ainda assentada na crença de que a atividade legislativa é capaz de estabelecer, racional e previamente, os fatos relevantes para o direito e que bastará a sua ocorrência no “mundo da vida” para ensejar a sua aplicação.

A tarefa do jurista residiria, portanto, na aplicação de um método adequado para a extração do significado juridicamente correto de seu texto. Está pressuposta a essa compreensão, ainda, a crença neopositivista de que a ciência do direito poderia domar a plurissignificação da linguagem por meio do desenvolvimento de uma técnica específica que controlasse a interpretação. Interessa-nos problematizar essa tradição especialmente para se marcar suas continuidades e descontinuidades em relação às suas premissas e as que sustentam a teoria da abstrativização, marcando suas continuidades e descontinuidades.

Relembre-se que, até Wittgenstein, imaginava-se que a linguagem era entendida como uma mediadora necessária para a descrição do mundo (TOULMIN, 1994, p. 25)⁴⁵. Haveria, assim, uma isomorfia entre a realidade e linguagem, já que as palavras deveriam enunciar a estrutura ontológica do real, como leciona Oliveira (2001, p. 121):

⁴⁵ “Os objetos ou unidades de pensamento último podem – ou devem mesmo – ser proposições que representam directamente as estruturas de estados de coisas tal como se apresentam na realidade [...] O objectivo da investigação filosófica era assim o de elucidar as relações universais e persistentes entre a linguagem e factos – pensamento e realidade – que escapavam às corrosivas diversidades de linguagens e culturas particulares ” (TOULMIN, 1994, p. 21).

Já que a linguagem não passa de um reflexo, de uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. A essência da linguagem depende, assim, em última análise, da estrutura ontológica do real. Existe um mundo em si que nos é dado independentemente da linguagem, mas que a linguagem tem a função de exprimir.

Wittgenstein (2005) demonstrou que essa visão individualista da linguagem abstrai sua inexorável função comunicativa e interativa, como se fosse possível ao homem tomar consciência de si a partir da linguagem e, apenas em seguida, entrar em contato com outros indivíduos. De outro modo, é somente a partir da interação social, do *uso*, que a linguagem adquire significado, o que implica afirmar que não há consciência sem linguagem. Com efeito, o pensador redefiniu a pergunta elementar da filosofia ocidental – “como o conhecimento é possível” –, que agora necessariamente terá que considerar a linguagem, constituída intersubjetivamente, como tema central (WITTGENSTEIN apud ROESLER, 2004).

Com isso, o próprio modelo cartesiano de ciência, construído para ser universal, objetivo e impessoal, aplicável a todos os ramos do saber, é colocado em questão, como leciona Carrilho (1994, p. 9):

Mas os pilares da modernidade – essas grandes ilusões de iluministas que se imprimiam com maiúsculas cada vez maiores à medida que se atolavam num solo de acelerada erosão, provocada pelos grandes desmentidos do século – sustentavam até o limite aquele modelo, limite que resultava do cruzamento de uma idéia de razão homogênea no seu exercício com uma compreensão dos fenômenos e dos acontecimentos em termos de necessidade e com uma perspectiva da sua explicação segundo padrões de uma insuspeita objectividade. E, neste cruzamento, instalava-se a universalidade da razão: dos seus procedimentos e resultados.

As proposições imutáveis, que pretensamente veiculavam verdades universais, cedem espaço para as elocuções orais, representativas das realidades contextualizadas no espaço e no tempo. Passa-se a reconhecer que o conhecimento é produzido numa interação que se dá em um momento determinado, e sempre por meio da linguagem, o que implica, necessariamente, a temporalização do conhecimento.

Se desde Nietzsche já não se sustenta a ideia de uma verdade absoluta, desvinculada do olhar interessado de observador (FOUCAULT, 2003)⁴⁶, Heidegger dará um passo à frente às críticas de Nietzsche ao iluminismo e à metafísica para desenvolver a ideia de

⁴⁶ “De que modo a *Genealogia* deve ser abordada como texto filosófico? Nietzsche rejeita a noção de que a filosofia é uma busca ‘impessoal’ por conhecimento; a filosofia concebida dessa forma esconde uma ‘confissão pessoal’, uma memória inconsciente’ e, assim, os pensamentos de um filósofo são a ‘testemunha decisiva de quem ele é [...] A filosofia nunca pode ser separada de interesses existenciais e, portanto, ‘o conhecimento desinteressado’ é uma ficção”. HATAB, Lawrence J. **Genealogia da Moral de Nietzsche**: Uma introdução. Tradução: Nancy R. Juozapavicius. São Paulo: Madras Editora, 2010, p. 15.

temporalidade do ser – o que será chamado por Habermas de *filosofia primeira temporalizada* (HABERMAS, 2002b, p. 187). Assim, Heidegger desenvolveu a ideia de que todo o pensar se articula num espaço linguisticamente mediado; o ser se desenvolve pela linguagem e sempre no tempo, como explica Oliveira:

Essa abertura não é uma obra da subjetividade, antes estamos nela inseridos: só onde existe linguagem o ente pode revelar-se como ente. Toda reflexão de Heidegger, portanto, faz-se no sentido de mostrar que o originário não é que falamos uma linguagem e dela nos utilizamos para poder manipular o real, mas, antes, que **a linguagem nos marca, nos determina, e nela se dá a revelação dos entes a nós, o que só é possível porque, em sua dimensão última, a linguagem é o evento de desvelamento do sentido do ser** (OLIVEIRA, 2001, p. 206, grifo nosso).

Toda essa revolução científica operada no início do século XX redefiniu outro elemento central do paradigma científico moderno: a ideia de método. Se, até Wittgenstein (2005)⁴⁷, a linguagem era compreendida como uma representação do mundo real, seria por meio da aplicação de um método adequado o modo pelo qual seria possível ao homem racional acessá-lo. Nesse sentido, segundo Roesler (2004, p. 34):

O componente epistêmico funda-se na idéia de que a ciência é baseada em dados certos por intermédio dos quais adquirimos conhecimento da realidade. A proveniência desses dados é concebida segundo diferentes propostas teóricas. Eles podem ser experimentais, como para Galileu, ou puramente cognoscitivos, como para Descartes [...].

Ainda segundo a autora, predominou na ciência, desde Descartes, o entendimento de que o componente metodológico integraria o epistêmico. “Ele estatui que a ciência gera conhecimento ao fazer uso de um método que permite processar corretamente os dados” (ROESLER, 2004, p. 34). A virada linguística redefinirá, também, o papel do método para as ciências humanas/sociais.

O método⁴⁸ continua, naturalmente, central para o desenvolvimento das ciências humanas. Contudo, sua utilização passa a compor a forma pela qual o cientista se aproxima de seu objeto, sendo o seu acerto ou erro igualmente mensurável à luz do processo argumentativo – e, claro, à luz de um determinado paradigma do conhecimento.

Não é possível mais imaginar que a aplicação de um método, seja ela qual for –

⁴⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. de Marcos G. Nontagnoli. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. (Coleção Pensamento Humano).

⁴⁸ Gadamer (2014, p. 29), contudo, é extremamente crítico à ideia de método como condição à busca da verdade nas ciências humanas. Para o autor, “o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. Não se interessa por um método de compreensão que permita submeter os textos, como qualquer outro objeto da experiência, ao conhecimento científico. Tampouco se interessa primeiramente em conduzir um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência, embora também aqui se trate de um conhecimento de verdade. Ao compreender a tradição não se compreendem apenas textos, mas também se adquirem discernimentos e reconhecem verdades”. GADAMER, Hans-Gerorg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

“interpretação autêntica”, “interpretação sistemática” ou mesmo o “sopesamento”/proporcionalidade – nos permitirá, *por si só*, acessar a melhor decisão em um processo argumentativo. O método não pode assegurar nem mesmo se a decisão será “racional”, como propõe ALEXY (2001)⁴⁹.

Do mesmo modo, sustentar que uma determinada regra é capaz de ser aplicada diretamente ao caso concreto, por um mero exercício de subsunção, mostra-se um posicionamento equivocado não apenas em relação à filosofia da linguagem, mas também à filosofia política.

O processo comunicativo se dá, segundo Habermas, porque os pensamentos se articulam por meio de *proposições linguísticas*, que “são as partes elementares de uma linguagem gramatical, passíveis de verdade” (HABERMAS, 2003, p. 28). É por intermédio dessa linguagem, portanto, expressa por proposições, que é possível explicar a diferença entre os pensamentos e as representações.

Na prática, a linguagem é possível porque os membros de determinada comunidade compartilham determinados signos que permitem (e limitam) a comunicação. As expressões de uma língua guardam em si determinados significados, coletiva e abstratamente aceitos, sem os quais o entendimento não seria possível. Ao formular uma proposição, o pensamento articula-se com essas regras gerais de uma língua que, por sua vez, lhes empresta determinado significado passível de compreensão em um determinado contexto.

Num segundo momento, esse pensamento expresso por meio de proposições – e que busca retratar determinado acontecimento do “mundo da vida” – é colocado em questão quanto à sua validade. Ou seja, além do momento de idealidade da subsunção do pensamento às regras de linguagem de determinada comunidade, há um segundo momento de idealidade: o de saber se esta pretensão de validade que o interlocutor formulou é válida ou não. E, na medida em que todos os membros dessa comunidade têm acesso a esta “linguagem”, é possível que os mesmos respondam “sim” ou “não” a respeito de tal pretensão (HABERMAS, 2003).

O processo comunicativo, portanto, centra sua análise no papel que cada interlocutor executa no diálogo (GUSTIN; DIAS, 2010), ou seja, na medida em que cada interlocutor se debruça sobre o “mundo da vida” e busca o reconhecimento de sua pretensão de validade. “Ao se entenderem frontalmente sobre algo no mundo, falante e ouvinte movem-se no interior

⁴⁹ Em sua tese de doutoramento, Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy sustenta, partindo da premissa da relação inexorável entre direito e moral, bem como da plurissignificação de todo texto, que seria possível aplicar um método que asseguraria, ao menos, a *racionalidade* da decisão. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

de seu mundo da vida comum” (HABERMAS, 2002b, p. 416). A razão comunicativa reside justamente na capacidade dos participantes desse processo de alcançar o consenso por meio da linguagem.

Esse processo somente é possível porque há não apenas uma linguagem gramatical compartilhada entre os sujeitos. Além desse código linguístico (que é, também, parte integrante desse mundo da vida), há um “mundo da vida” comum a ambos os interlocutores e que permite que as pretensões de validade contrapostas sejam passíveis de interpretação. Esse pano de fundo “cultural” compartilhado pelos interlocutores, chamado por Habermas de “mundo da vida”⁵⁰, ao mesmo tempo em que possibilita, limita o discurso:

O mundo da vida constitui um horizonte e, ao mesmo tempo, oferece **um acervo de evidências culturais (grifo nosso)** do qual os participantes da comunicação tiram, em seus esforços de interpretação, padrões exegéticos consentidos” (HABERMAS, 2002b, p. 417).

Com isso, a relação entre os sujeitos do diálogo e o mundo não se dá de forma estanque. Pelo contrário, ao tematizarem algo, debruçam-se sobre o mundo da vida, atuando como uma de suas partes e sendo o seu produto.

O momento de “idealidade” da língua, de que trata Habermas, é um paralelo interessante para se pensar a tentativa de controle da interpretação pelos neopositivistas. Assim, por exemplo, o conceito de “família”, abstratamente considerado (significante), possui um conceito (significado) determinado em um dicionário. Essa relação provisória (significado-significante) faz com que tenhamos um pano de fundo compartilhado de silêncio (CARVALHO NETTO, 2003) que permite que utilizemos da palavra neste texto de modo que seja compreendida, num primeiro momento, pelo leitor. Contudo, esse conceito estará constantemente submetido a um possível processo reflexivo que venha a alterar esse conteúdo. Assim, o casamento homoafetivo implica numa releitura do termo, assim como a família monoparental, o poliamor, etc.

Mas não é só. Será que em um lar no qual o pai abusa de sua filha está presente o conceito de família descrito no dicionário? Quando um pai abandona os filhos? Uma família em que não há amor entre seus consortes?

Todas essas questões se repetem quando enfrentamos o problema da relação da norma com o caso concreto. Os neopositivistas imaginam que o direito poderia estabelecer o conceito possível de família e, assim, limitar as interpretações realizadas pelo Judiciário –

⁵⁰ Ressalte-se que o “pano de fundo comum que permite a comunicação”, ou seja, o conjunto de normas que determinada língua se utiliza e que permite a comunicação a todos que a dominem, é parte integrante desse mundo da vida.

salvo na hipótese de lacuna, quando deveria fazê-lo a partir de seu senso de justiça.

Contudo, as elocuições, que são o veículo da argumentação que demanda o reconhecimento de verdade no espaço público, assim como o próprio argumento, deverão necessariamente ser interpretadas. Não há qualquer garantia que estabeleça segurança, *a priori*, no processo comunicacional que se estabelece entre *alter* e *ego*. De outro modo, será pela *fundamentação* apresentada durante o procedimento argumentativo que se legitima que a decisão tomada foi a melhor possível.

Situando essa discussão mais especificamente no direito, todo raciocínio desenvolvido até aqui tem como objetivo asseverar que a relação texto-norma-caso não é ontológica: nem mesmo as regras fechadas estão alheias à interpretação, que deverá necessariamente considerar: a) as normas que reclamam aplicação ao caso concreto; b) a narrativa fática do próprio caso; c) a relação entre a norma e o respectivo suporte fático.

Em primeiro lugar, os fatos de um processo não encarnam uma realidade “dada”, “pré-concebidas”, para *encaixar* em uma hipótese normativa igualmente fechada. Ao contrário, trata-se de eventos históricos irrepetíveis, insuscetíveis de serem “apropriados diretamente pela razão”, e que deverão necessariamente ser levados ao Judiciário por meio de uma reconstrução argumentativa. As partes podem divergir, e normalmente o fazem, não apenas sobre a qualificação jurídica dos fatos, mas sobre sua própria dinâmica: o acidente foi provocado pela ausência de distância para o carro da frente? O condutor estava além da velocidade autorizada?

Mas, claro, também a valoração jurídica dos fatos deposita sua legitimidade no processo argumentativo em que deverá restar justificada por que determinadas normas aplicáveis *prima facie* devem incidir sobre aquele suporte fático. O avanço de sinal que causou a morte da vítima foi decorrente de *dolo eventual* do autor? Ou meramente *culpa*?

E não apenas isso: a norma em si deverá ser, como todo texto, interpretada. Aplica-se à Fazenda Pública o prazo prescricional de 3 (três) anos para as ações indenizatórias, conforme previsto pelo Código Civil ou a prescrição quinquenal estabelecida pelo Decreto 20.910? A configuração da improbidade administrativa necessita de dolo específico ou basta o genérico?

O fato de uma norma estar *justificada* abstratamente no ordenamento significa apenas que ela foi considerada válida durante o processo legislativo, de forma que ela reclamará aplicação aos fatos que lhe fizerem referência. Contudo, entre normas válidas abstratamente e o caso concreto é absolutamente imprescindível o procedimento argumentativo de aplicação (GÜNTHER, 2004), em que se demonstra por quais razões aquele complexo de fatos recebe

aquela valoração do ordenamento, como explica Oliveira (2004):

Tendo por base esse último modelo de aplicação, agora num contexto propriamente jurídico, exceto algumas normas cujas cláusulas especificam em tal nível de detalhe as condições de aplicação que só se podem aplicar a poucas situações-padrões altamente tipificadas e bem circunscritas (as regras, para usar um conceito de Ronald Dworkin), todas as normas válidas são, de início, indeterminadas em sua referência e têm necessidade de conexões relacionais adicionais no caso concreto individual – o que vale não só para os princípios e direitos constitucionais estruturantes do sistema jurídico. Eles são aplicáveis *prima facie*, no sentido de que devemos ingressar em um discurso de aplicação para comprovar se encontrarão aplicação em uma situação não prevista pelo processo de justificação ou, se embora válidas, devem ceder a outras, essas, sim, adequadas. Uma norma somente fundamenta um juízo normativo singular, que pode ter a pretensão de ser correto, se essa norma se comprovar singularmente adequada ao caso em questão. A validade *prima facie* de uma norma tão-somente significa que essa norma foi imparcialmente justificada.

Ora, o ordenamento jurídico em uma sociedade cada vez mais complexa é pressupostamente formado a partir de normas em constante tensão, representativas dos mais diversos interesses em oposição na sociedade. Os princípios, nesse contexto, cumprem um papel fundamental. Contudo, há formas e formas de se compreendê-lo – e essa é uma questão central para se analisar o novo posicionamento do STF em sede de abstrativização.

2.3.2.3 A ideia de subsunção no neopositivismo⁵¹ e no pós-positivismo: análise crítica.

Embora seja possível atribuir uma série de conceitos à subsunção, há uma longa tradição que, fazendo-se referência à “doutrina kantiana do juízo como faculdade de pensar o particular como conteúdo do geral” (AGAMBEN, 2010, p. 64), utiliza do termo para significar a *aplicação do direito como uma construção lógica em que o particular é retirado, por uma operação dedutiva, da norma geral*. Em outros termos, a norma concreta formulada para resolver o litígio seria sempre extraída por uma operação lógica dedutiva a partir das regras e princípios já existentes no ordenamento.

Essa é, prioritariamente, a tradição do positivismo exegético, mas que também está na base da construção neopositivista. Relembre-se que, para Kelsen, a atividade legislativa, por meio do qual se formulam as normas gerais e abstratas, e as atividades judiciária e administrativa, responsáveis pela execução das leis, não são funções meramente coordenadas,

⁵¹ Segundo Streck (2011, p. 49), ao tratar do positivismo nos referimos às duas de suas principais vertentes: a escola exegética e o neopositivismo. Em relação a este último, fazemos referência, especialmente, à obra de Hans Kelsen. O “[...] positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença [...] em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico do direito’- relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’. STRECK, L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

“mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias” (KELSEN, 2007, p. 125). Assim, partindo-se da ordem internacional, que seria o fundamento de validade das Constituições, cada escalonamento normativo, do mais geral ao mais concreto, representaria o meio pelo qual o direito disciplinaria a sua criação.

Assim, à ciência do direito competiria fixar, objetivamente, as possíveis interpretações para a criação da norma inferior fundada na superior. Contudo, como a interpretação do aplicador do direito é subjetiva, mesmo que ele extrapole a “moldura” criada pelos juristas, ainda assim a norma será válida enquanto não for anulada por quem possua competência, dentro do sistema jurídico, para fazê-lo.

Mesmo que para o filósofo o problema do método interpretativo não se colocasse como uma questão central para a sua teoria do direito, ele reconhece uma preferência do método lógico-sistemático. E não poderia ser diferente: ora, na tentativa de anular qualquer possibilidade de invocar a moral para se fundamentar o direito, e considerando o rompimento estabelecido pelo autor entre ser e dever-ser, o caminhar da interpretação e aplicação do direito pressupõe uma relação de dedução do geral para o particular. É o que se pode observar, por exemplo, de seu conceito de fato jurídico, que pressupõe uma norma anterior lhe atribuindo sentido normativo:

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei de causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma (KELSEN, 2000, p. 4).

Da separação entre o mundo dos fatos e o do direito, bem como da subsunção como uma operação por meio da qual um fato é qualificado como jurídico, decorre uma série de consequências que serão fundamentais para a teoria neopositivista. Especialmente, a noção de discricionariedade do magistrado como meio de solucionar o problema das lacunas e da *prevalência* de um ordenamento composto por regras.

Mas é interessante observar que, mesmo com a superação do neopositivismo, a ideia de que a aplicação do direito se dá a partir de um processo de subsunção ainda é amplamente dominante no direito brasileiro e mundial, mesmo que sob outra roupagem doutrinária muito mais sofisticada. Alexy (2015), por exemplo, entende que ao final do processo de *sopesamento* de princípios, necessariamente, seguirá uma determinada regra que se subsumirá ao caso concreto, o que ele chama de norma de direito fundamental atribuída. Veja-se:

Diante disso, pode-se afirmar: como resultado de todo sopesamento que seja correto

do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido (ALEXY, 2008, p. 102).

Essa, também, é a posição de Neves (2014).

Em sentido contrário, manifesta-se Agamben (2010, p. 65). O filósofo italiano também fará referência à relação entre a linguagem e o direito para demonstrar o equívoco da ideia de que o direito se aplica por meio do processo de subsunção, utilizando-se, para tanto, da clássica dicotomia desenvolvida por Saussure entre a *langue* e a *parole*. O direito, assim com a língua abstrata, é uma mera referência antes de sua aplicação (o discurso). Como estrutura normativa abstrata, é uma proposição genérica que o magistrado dará significado ao analisar o real. Contudo, essa referência é *virtual*. A aplicação do direito ao caso concreto se dá como a passagem da língua ao discurso, ou seja, a partir de suas funções enunciativas (do discurso), não simplesmente por uma operação lógica. Veja-se:

Mais uma vez, a analogia com a linguagem é esclarecedora: na relação entre o geral e o particular (muito mais no caso da aplicação de uma norma jurídica) não está em causa só uma subsunção lógica, mas antes de mais **a passagem de uma proposição genérica dotada de uma referência meramente virtual à relação concreta com um segmento de realidade** (isto é, nada menos do que o problema da relação actual entre linguagem e mundo). Esta passagem da *langue* à *parole*, ou do semiótico ao semântico, não é de modo algum uma operação lógica, mas envolve sempre uma actividade prática, isto é a assunção da *langue* por parte de um ou de vários falantes e a efectivação como função enunciativa e que frequentemente os lógicos tendem a subavaliar. No caso da norma jurídica, a referência ao caso concreto supõe um ‘processo’, que implica sempre uma pluralidade de sujeitos e culmina, em última instância, no pronunciamento de uma sentença, isto é, de um enunciado cuja referência operativa à realidade é garantida pelos poderes institucionais (Grifo nosso).

A assertiva de Agamben (2010) fica ainda mais clara por meio de um exemplo. Dispõe a Súmula Vinculante 13, do STF, que:

Súmula Vinculante 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O conteúdo da norma guarda evidente relação com a moralidade, mas não é correto supor que ela decorra inteiramente do mencionado princípio. Tampouco é possível imaginar que uma ponderação de princípios, seja qual ela for, vá resultar, por si só, nessa conclusão. De outro modo, a moralidade é uma referência normativa que o Supremo Tribunal Federal deve recorrer para compor o caso concreto, já que, no Estado Democrático de Direito, o respeito às

leis e à Constituição é um pressuposto legitimador da atividade do Judiciário.

O princípio da moralidade, positivado no artigo 37, *caput*, da Constituição (*langue*), será novamente ressignificado a partir da prática judiciária, obtendo nova compreensão, novo conteúdo, com a edição da mencionada súmula vinculante. Interpretar é dar sentido a uma prática social⁵². Não há como se imaginar que se trate de um processo argumentativo em que fora realizada uma ponderação prévia de forma a se concluir que os parentes de 3º grau não podem ser nomeados em cargo em comissão. Ora, de qual fonte normativa sairia a conclusão da não vedação da atribuição do posto público ao parente de 4º grau? Ou porque não apenas o de 2º grau? A escolha do terceiro grau possui uma série de fundamentos que dialoga com a construção da súmula, não lhe são “mais abstratos” e, portanto, permitem a subsunção.

Imaginar que a aplicação do direito opera sempre uma formulação normativa abstrata prévia que irá disciplinar o caso concreto afasta, ainda, uma das questões elementares da interpretação: a inexorabilidade da pré-compreensão que, em regra, não é problematizada em uma decisão judicial em seu papel de densificar os conceitos jurídicos, mesmo que nos mantenhamos sistematicamente atentos ao problema⁵³. Assim, por exemplo, retornando ao conceito de *família*, deve-se ressaltar que a Constituição da República não mudou de 1988 para cá em seu artigo 226, § 3º⁵⁴. Mas é absolutamente inimaginável que a composição do STF, há 20 anos atrás, afastaria o clássico conceito do termo como a união de homem e de uma mulher.

Não se trata, portanto, de uma formulação normativa prévia que, oriunda da ponderação de outras normas constitucionais, alterou o conceito literal da expressão “*família*

⁵² “Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez da outra. Essa estrutura é necessária a uma interpretação mesmo quando o material a ser interpretado é uma prática social, mesmo quando não existe nenhum autor real cuja mente possa ser investigada”. (DWORKIN, 1999, p. 71).

⁵³ Müller (2012, p. 67), consciente do problema da não problematização da pré-compreensão, tenta desenvolver uma teoria em que tais elementos pudessem ser racionalizados durante o processo de concretização normativa. Segundo o autor, “com vistas à pergunta pela relação entre direito e realidade, a doutrina da teoria constitucional como hermenêutica constitucional necessita de uma complementação referente a dimensão do método, que permita informar até que ponto e por qual caminho elementos da realidade, quer dizer, também da pré-compreensão pré-jurídica, não jurídica, se podem tornar eficazes para a concretização da norma e controláveis nessa mesma concretização por meio da formulação e diferenciação conceituais”. Contudo, a linguagem se estabelece sobre um pano de fundo de silêncio sem o qual a própria comunicação não seria possível (CARVALHO NETTO, 2003).

⁵⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. [...] (Regulamento).

composta por homem e mulher”. De outro modo, a norma utilizada como referente, o art. 226, CF, é reconstruída a partir de seu uso, bem como de outros princípios jurídicos existentes no ordenamento, especialmente o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, escrevendo-se mais um capítulo de como a comunidade jurídica atribuiu significado ao conceito de família. Ora, toda norma está sujeita constantemente a um possível processo reflexivo em que o consenso em torno da relação que se estabelece entre significado-significante se altera.

O significado normativo da expressão “família” gozava uma determinada significação na *tradição* (GADAMER, 2014) que não era problematizada. A partir das lutas sociais desenvolvidas pelo movimento LGBT, somadas outras mudanças na sociedade, operou-se sua ressignificação. A dignidade da pessoa humana e a igualdade são *referentes* utilizados pelo STF para se repensar a tradição, não normas que devem se colocar como *mais abstratas* que o artigo 226 para permitir, por uma operação lógica, a subsunção.

Com efeito, as restrições impostas pela argumentação jurídica se dão durante o processo judicial e materializam-se não no momento em que se realiza uma subsunção, mas durante toda a procedimentalização do discurso. A permanência que a ideia de subsunção ostenta em nossa tradição tem assento em duas forças motrizes: a) em primeiro lugar, na longa trajetória que, desde Descartes, procura fundamentar a verdade nas ciências do espírito a partir de um método; b) a preocupação – absolutamente pertinente – de se estabelecer um controle sobre a atividade jurisdicional, imaginando-se que por meio da subsunção será possível exigir do órgão responsável pela aplicação do direito a manutenção do diálogo (controle recíproco) com o Parlamento.

Contudo, a história também já demonstrou que, bem ou mal, o controle da atividade jurisdicional está no processo discursivo, não na tentativa de se forjar um método que fundamente a aplicação do direito. Até porque esse método geralmente é utilizado pela jurisprudência para forjar o melhor argumento; para fazer do direito o abuso, como vem ocorrendo com a ideia de *sopesamento* desenvolvida por Alexy.

Fundamentando-se em outro paradigma do conhecimento, afirma Dworkin que o raciocínio jurídico é uma interpretação construtiva na qual o intérprete deve se debruçar sobre a tradição hermenêutica em que está inserido e, obrigando-se a proferir a melhor interpretação possível (sentido), adere mais um “capítulo” a essa prática – tratada pelo filósofo como um “romance em cadeia”. Veja-se:

O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. Segundo esse ponto de vista, a estrutura e as restrições que caracterizam o argumento jurídico só se manifestam quando identificamos e distinguimos as diversas dimensões,

frequentemente conflitantes, do valor político, os diferentes fios entretecidos no complexo juízo segundo o qual, em termos gerais e após o exame de todos os aspectos, uma interpretação que torna a história do direito a melhor de todas. (DWORKIN, 1999, p. XII).

Os princípios e regras que compõem o ordenamento são referentes que passam a receber seu significado não de sua previsão abstrata, mas do jogo linguístico e da prática jurídica em que se está inserido. O artigo 121 do Código Penal torna-se obrigatório ao magistrado que está diante de uma hipótese em que alguém, dolosamente, mata alguém, não porque o tipo penal “abraça” o caso concreto, por ser mais geral. De outro modo, é porque há uma relação entre o mundo dos fatos e o mundo normativo, em razão da série de limitações impostas pela argumentação jurídica e pela história institucional em que se está inserido, que impõe ao magistrado o dever de ao menos levar o dispositivo em consideração *prima facie*.

Mas, ressalte-se, ainda assim o tipo penal mais sucinto de nosso direito deverá ser, necessariamente, interpretado, tanto em relação aos fatos que eventualmente façam referência à norma quanto ao próprio conteúdo da regra. Assim, por exemplo, alguém que matou outrem, dolosamente, em legítima defesa cometeu o crime de homicídio? Ou, ainda, se alguém dolosamente intenta um assassinato, mas a pessoa vem a ter morte cerebral. Aplica-se o tipo penal?

Por fim, o discurso da subsunção cumpre ainda a importante função de neutralizar a dimensão da importância das escolhas do judiciário. Ora, na medida em que o magistrado simplesmente realiza uma operação lógico-dedutiva, aplicando uma norma geral a um caso concreto, sua atividade, aparentemente, se resume a cumprir uma ordem. Contudo, quando o Supremo edita uma súmula vinculante disciplinando o nepotismo e não a violência policial nas favelas, por exemplo, fez uma escolha fundamental, não um mero cumprimento de um texto constitucional que lhe é mais abstrato. E essas escolhas fundamentais tomadas pelo judiciário acabam sendo neutralizadas em nome de uma suposta tecnicidade que, além de não controlar em nada a atividade hermenêutica, ainda esvazia a possibilidade de sua problematização.

2.3.3 Da teoria concretista individual à abstrativização. Continuidades e descon continuidades

2.3.3.1 Do suprimento das lacunas à correção da ordem objetiva: o novo papel da jurisdição pautado na mesma crença em torno de regras que regulam sua aplicação

Prevaleceu nos anos 90, em linhas gerais, o entendimento de que o ordenamento jurídico é formado essencialmente por regras cujas lacunas deveriam ser colmatadas pelos

métodos integrativos previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. Essa formulação teórica, como se sabe, é oriunda, sobretudo, da obra de Savigny.

A partir, sobretudo, de meados dos anos 2000, o STF diminui o recurso aos métodos tradicionais e passar a fazer uso constante de uma argumentação predominantemente principiológica – que passar a fazer parte progressivamente, também, do debate doutrinário. O Supremo desde sua fundação sempre se utilizou de argumento principiológico, como leciona Neves (2014). Contudo, observa-se um radical rompimento no meio pelo qual ele se apropria argumentativamente dessa espécie normativa.

A argumentação empreendida na QO no MI 107, como será detalhada à frente, foi marcadamente principiológica. Especialmente o princípio da separação dos Poderes permeou toda a argumentação desenvolvida pelos ministros, contudo com o nítido objetivo de fixar uma autocompreensão restritiva dos limites da jurisdição em face dos Poderes políticos. A partir dos anos 2000, ao contrário, o Supremo recorrerá com frequência aos princípios da máxima efetividade, da força normativa da Constituição e congêneres, mas com o objetivo de reforçar seus poderes em interpretar a Constituição. Interessa-nos investigar algumas das características dessa argumentação principiológica.

Em 2007, Virgílio Afonso da Silva escreveu instigante artigo, denominado *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*, em que discute como o constitucionalismo brasileiro adotou uma pauta específica de métodos de interpretação constitucional, chamados de “modernos”, cujo objetivo seria criar uma contraposição em relação aos “arcaicos”, exatamente aqueles desenvolvidos por Savigny no século XIX. Esses princípios seriam o da unidade da Constituição, o efeito integrador, a máxima efetividade, a força normativa da Constituição e a interpretação conforme a Constituição.

Afirma Virgílio que os “métodos modernos”, importados de dois autores alemães (Hesse e Böckenförde) como se representassem a prática jurídica do país, seriam não apenas inconciliáveis entre si, mal formulados teoricamente, como também impediriam o desenvolvimento de uma teoria da própria Constituição, centrando o debate do constitucionalismo na ideia de método interpretativo – como se para acessar a norma bastasse aplicar corretamente todos os métodos constitucionais disponíveis.

Ainda de acordo com o autor, esses novos métodos teriam pouca valia, já que, em última análise, não passariam dos mesmos métodos tradicionais de interpretação rebatizados.

In verbis:

O apego aos princípios de Hesse e aos métodos sintetizados por Böckenförde parece ser mais o produto de um simples **movimento emancipatório**, disposto a romper com cânones de interpretação surgidos no campo do direito privado, que da real

necessidade de novos métodos que se apliquem somente à interpretação constitucional (SILVA, V., 2007, p. 140, grifo nosso).

Contudo, é possível ampliar essa conclusão de Virgílio Afonso da Silva. Os princípios formulados por Hesse são centrais não apenas para desenvolver um movimento emancipatório do direito constitucional, mas, sobretudo, para permitir a expansão do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo.

O princípio da *máxima efetividade das normas Constitucionais*, e seus consectários, abre a porta para uma redefinição da interpretação que o Supremo engendra em relação à separação dos Poderes. Especialmente, torna-se a principal fundamentação para que a Corte legitime a aplicação dos princípios não para solucionar casos concretos, *mas para atuar diretamente na ordem objetiva*.

A técnica do *sopesamento* não se prestará a valorar em que medida determinados princípios em conflito ostentam maior ou menor peso diante de um caso concreto, mas sobretudo para permitir que o STF fixe a adequada interpretação, em abstrato, da norma. Assim, o Supremo, ao julgar o MI 670, não decidiu se os grevistas teriam ou não a pretensão ali deduzida. De outro modo, buscou criar uma normatização que ponderasse, em típico discurso de justificação, os direitos dos servidores e dos grevistas.

O caminho percorrido pela argumentação jurídica, da colmatação das lacunas à correção normativa do ordenamento, pode ser observado também na doutrina. Tendo em mente as passagens já trabalhadas de Maria Helena Diniz, comparemo-las com as lições de Guilherme Marinoni. Para o autor, o magistrado, em todo processo sobre o qual se debruça, tem o dever de analisar a lei que aplica à luz dos direitos fundamentais, devendo corrigi-la sempre que necessário. Afirma o autor:

Ao juiz é necessário, quando da afirmação de inadequação da lei a um direito fundamental, argumentar que a decisão do parlamento interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição. Não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas antes de tudo de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a decisão legislativa contrasta com o direito fundamental. **Ou seja, a mera oposição entre direito fundamental e lei, que colocaria em rota de colisão os direitos fundamentais com a democracia, passa a significar uma oposição entre a argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo legislativo.** Existiria, assim, uma representação argumentativa a cargo da jurisdição em face de uma representação política concretizada na lei (MARINONI, 2007, p. 92, grifo nosso).

Rothenburg (2005) é outro autor que atribui ao magistrado o dever-poder de corrigir as situações em que o Executivo e o Legislativo afrontam a Constituição, mais especificamente as omissões inconstitucionais. Segundo o autor, que também é Procurador da República, em tais circunstâncias de inércia/afronta à ordem constitucional, estaria legitimada a “troca dos

sujeitos constitucionais”, como uma sanção imposta aos Poderes omissos – o que somente deve se dar em situações excepcionais, ressalta. Veja-se:

A falha de atuação no sentido da plena realização constitucional pode provocar, sob o ângulo político e sociológico, uma perda da legitimidade do sujeito em princípio investido pela constituição, abrindo espaço para a emergência de outros sujeitos dispostos a resgatar essa legitimidade em seus diversos modos de manifestação (ROTHENBURG, 2005, p. 209).

Fundamental ressaltar o contraste, teórico e prático, das opiniões de Marinoni, Rothenburg ou de Maria Sylvia: da compreensão de um ordenamento formado essencialmente por regras, atribuindo-se ao magistrado o dever de solucionar as lacunas por meio da Lei de Introdução ao Código Civil, à inteligência de que toda e qualquer norma deve, necessariamente, ser submetida a uma análise de constitucionalidade à luz dos direitos fundamentais – e, portanto, uma argumentação principiológica.

Especialmente, observa-se que, para Marinoni, o magistrado irá *corrigir* a regra por meio do princípio. O autor, portanto, mantém a crença de que aquela espécie normativa regula a sua aplicabilidade, e o magistrado deverá atuar, por meio de princípios, para corrigi-la. Há não apenas uma valorização do Poder Judiciário em relação ao Legislativo, como uma mudança na própria dinâmica do exercício da jurisdição, que abandona o caso concreto para se deslocar à tutela da ordem normativa – mesmo que com efeitos *inter partes*. E é fundamental ressaltar que atuação do magistrado se dá “em prol da sociedade” – o foco não é mais uma atuação contramajoritária.

Não se nega a possibilidade do magistrado reconhecer a inconstitucionalidade de uma regra preliminarmente. Assim, por exemplo, uma previsão legal para ingresso em concurso público que proíba a participação de mulheres, sem razão para o discriminem, pode ser afastada em razão de sua incompatibilidade vertical. Contudo, o que se observa na prática, normalmente, é outra dinâmica: o juiz, ao analisar o caso concreto, afasta a aplicação de uma regra em razão do *juízo de aplicação*.

Assim, analisando o caso concreto, apesar de uma regra lhe ser *prima facie* aplicável, as circunstâncias concretas tornam necessário desconsiderá-la. Exemplificando, um candidato com cegueira de 90% de apenas um olho se insere no conceito de deficiente visual, para fins de reserva de vaga? O encurtamento de uma perna de 0,5 cm dá ao concorrente a prerrogativa de entrar pelas vagas destinadas a pessoas com necessidades especiais?

Ora, mais uma vez observa-se o retorno à crença na regra geral e abstrata como condicionadora da atividade jurisdicional. Contudo, agora o judiciário não mais se quedará inerte diante de sua tarefa limitadora de subsumir o fato à norma, mas atuará ativamente,

corrigindo-a.

Está intimamente relacionada à mudança da dinâmica da jurisdição, que se afasta do caso concreto para servir ao Judiciário *melhorar* a ordem normativa, uma visão axiológica dos princípios, desenvolvida especialmente por Alexy, mas, *especialmente, desvirtuada pela prática*.

2.3.3.2 Princípios, valores e ponderação em Alexy. Como o tratamento “não deontológico” dos princípios da teoria preponderante do direito brasileiro está intimamente relacionado à instrumentalização de uma Corte Suprema abstrativista

Segundo Travessoni (2015), é possível identificar três eixos centrais da obra de Alexy. Em primeiro lugar, uma determinada teoria da argumentação jurídica, que é tratada sobretudo no livro decorrente de seu doutoramento (ALEXY, 2001). Embora o autor agregue elementos às suas ideias iniciais, o cerne ali desenvolvido será central para se compreender os dois outros elementos nucleares: sua teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2006), especialmente a diferenciação de princípios e regras, e o seu *conceito de direito* (ALEXY, 2009). Interessa-nos mais de perto os dois primeiros itens, no bojo do qual a ideia de *sopesamento* ganha forma.

Segundo Alexy (2001), é unânime entre os filósofos do direito contemporâneo que a justificação de uma sentença judicial pode não se limitar à análise da subsunção do fato à norma. A linguagem imprecisa do direito, a possibilidade de conflitos entre normas, as lacunas, entre outras questões, podem demandar do aplicador do direito a explicitação de quais fundamentos por ele utilizados para justificar uma decisão judicial.

Mas não apenas questões internas ao sistema jurídico demandam do intérprete outros critérios, além da subsunção, para justificar uma decisão. Hodiernamente, a doutrina admite a existência de âmbitos de intersecção entre o direito e a moral. A chamada “tese da separação⁵⁵”, defendida pelos positivistas, ao permitir que todo e qualquer conteúdo seja atribuído ao direito, perdeu forças a partir dos horrores decorrentes da Segunda Guerra. Assim, uma vez admitido que o direito não está infenso à moral, a relação entre esses dois âmbitos configurará problema central para toda e qualquer teoria.

O enfrentamento desse problema dar-se-á, em Alexy, pela adoção do que ele

⁵⁵ “A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser.” (ALEXY, 2009, p. 3).

denomina *constitucionalismo moderado*⁵⁶. Assim, por um lado, negando a tese da separação absoluta, estabelece que os direitos fundamentais previstos pela Constituição possuam conteúdos mínimos de proteção ao indivíduo, impondo tanto ações positivas quanto negativas ao Poder Público. Por outro, que não feche a porta do direito ao necessário diálogo com o Legislativo, o que se dá, especialmente, por meio de teorias que defendem uma atuação autorreferenciada do Judiciário, pautada pela interpretação dos valores que ele interpreta e aplica (“tirania de valores”).

O desenvolvimento do Constitucionalismo Moderado parte do *modelo-três-planos do sistema jurídico*. A base desse sistema situa-se na *diferenciação entre princípios e regras*, bem como na utilização de um *procedimento*, com base na razão prática, que assegure a aplicação das normas jurídicas segundo critérios racionalmente aceitos. Veja-se:

Pressuposto do modelo-três-planos é que um procedimento assegurador de racionalidade é possível que pode ser acrescentado ao plano das regras e dos princípios **com o objetivo de fechar suas lacunas**. Se essa possibilidade existe, então, em vista da razoabilidade, já exposta, da pertinência tanto de regras como de princípios ao sistema jurídico, o modelo-regra/princípio/procedimento é aquele modelo do sistema jurídico, que assegura um máximo de razão prática no direito e, por esse fundamento, é digno de preferência perante todos os outros modelos. (ALEXY, 2009, p. 173, grifo nosso).

Assim, em síntese, é por meio da articulação de um ordenamento formado por princípios e regras, bem como de uma teoria do discurso jurídico fundada sobre determinados pressupostos, que é possível *fechar as lacunas* do sistema e formular argumentos com pretensão de correção.

Em primeiro lugar, Alexy situa o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral⁵⁷, de forma que, entre ambos, haverá uma relação de gênero e espécie. Sustenta o autor que essa íntima relação se dá devido ao objeto sobre o qual ambas se debruçam: a investigação acerca de enunciados normativos e, conseqüentemente, a busca de critérios voltados à sua *correção*. A fundamentação jurídica, sustenta o autor, “sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido.” (ALEXY, 2008, p. 548).

Buscará encontrar, então, quais seriam as *condições* necessárias do desenvolvimento

⁵⁶ “Embora a constituição, enquanto constituição mista material-procedimental, não determine todo o conteúdo do direito ordinário, os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários [...] Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico tem a natureza de um sistema jurídico substancialmente determinado por meio da Constituição.” (ALEXY, 2008, p. 543).

⁵⁷ Como se verá, a teoria do discurso racional é uma teoria normativa do discurso, ou seja, “ela aborda o problema de como as regras do discurso racional podem ser justificadas.” (ALEXY, 2001, p. 181).

do discurso para que seja possível averiguar sua *correção*, o que pressupõe a possibilidade do reconhecimento universal da validade do argumento em relação a todos os participantes do discurso. O *procedimento*, nesse contexto, ocupará um lugar central, como explica Toledo (2013, p. 5, grifo nosso):

O discurso, se é voltado para o *agir* humano, é *prático*, e se busca sua orientação, é *normativo*. A grande dificuldade com que se depara esse discurso para que seja ele *racional*, indo além da simples *opinião*, não é determinação de meios para que atinjam fins desejados (*normas técnicas*), mas, do ponto de vista *procedimental*, a sua construção argumentativa de modo que se encontre o resultado *correto*.

Observa-se, até então, uma grande influência da obra de Habermas sobre o autor: a busca pela verdade obtida por meio de um consenso procedimentalmente desenvolvido, garantindo-se aos participantes do discurso igualdade de condições. Contudo, a identidade cessa por aí. Para Alexy, as regras do discurso não são meros ideais regulativos, mas condições de verificação acerca da *racionalidade* do argumento formulado. Assim, na medida em que, no âmbito da moral, não é possível encontrar uma única resposta correta, a *correção* do argumento será mensurada pelo cumprimento, passo a passo, de uma série de requisitos do procedimento que, ao final, atribui a qualificação de *racional* ao argumento.

As regras procedimentais desenvolvidas por Habermas, de outro modo, estarão sempre sujeitas a críticas, não obtendo o *status transcendental* de legitimador *a priori* do argumento desenvolvido. Como afirma Siebeneichler (2012) “a reconstrução pragmático-formal do saber de regras usadas por sujeitos falantes e agentes possui caráter hipotético e, por isso, criticável, não último”. E seu ideal regulativo é assegurar as *condições ideais de fala* – evidentemente distorcidas diante de um mundo da vida fragmentado –, não forjar a racionalidade do argumento.

Prosseguindo na análise de Alexy, afirma o autor que o procedimento será formulado por meio de “regras de lógica, regras sobre direitos de participação e de palavra, sobre cargas de argumentação, variantes distintas da idéia de generalizabilidade, regras sobre revisão do nascimento de convicções normativas e formas de argumentos das consequências” (ALEXY, 2009, p. 80) que, uma vez cumpridas, permitem reputar um argumento como racional. Ou, *contrario sensu*, retirar-lhe esse *status* – e, portanto, a própria validade.

Considerando que o discurso jurídico é uma espécie do discurso prático geral, todas as regras desenvolvidas por Alexy para o debate moral lhe serão aplicáveis. Contudo, estará submetido a uma série de especificidades que diz respeito às *condições limitadoras pelas quais ele* (discurso jurídico) *se desenvolve*. Essas condições limitadoras – que em última análise dizem respeito ao vínculo da decisão a um ordenamento válido – podem ser analisadas

sobre um duplo aspecto, a justificação interna e a justificação externa. Veja-se:

A sentença deve não só resultar corretamente de uma quantidade de proposições determinadas, as proposições, das quais ela é deduzida, devem, mais além, ser verdadeiras, corretas ou aceitáveis. Deixam, por conseguinte, distinguir-se dois aspectos da fundamentação de sentenças jurídicas: **a justificação interna, na qual se trata, se a sentença resulta logicamente dos preceitos citados para a fundamentação, e a justificação externa, cujo objeto é a verdade, correção ou aceitabilidade das premissas da justificação interna, sendo o campo destinado à argumentação jurídica.**” (ALEXY, 2010, p. 20, grifo nosso).

Em apertada síntese, na justificação interna verifica-se a lógica com que se desenvolve o discurso, ou seja, exige-se que suas conclusões decorram da fundamentação utilizada (vínculo do ordenamento-decisão-fundamentação). Já a justificação externa pressupõe “a correção das próprias premissas, mediante as regras: 1) da argumentação prática geral; 2) da argumentação empírica; 3) da *interpretação*; 4) da argumentação *dogmática*; 5) do *uso dos precedentes* e 6) das *formas especiais de argumentos jurídicos*”. (TOLEDO, 2013, p. 11).

Intimamente relacionado à teoria da argumentação jurídica está o desenvolvimento do aspecto central de sua teoria dos Direitos Fundamentais: a diferenciação entre princípios e regras (TRAVERSSONI, 2015). Ora, a tese central de Alexy em torno dos princípios – entendidos como mandamentos de otimização – é uma decorrência lógica da relação de gênero/espécie estabelecida entre direito e moral. Analisemos um pouco melhor a questão.

Relembre-se que o sistema jurídico concebido por Alexy (modelo-três-planos) exige, além de procedimento que assegure racionalidade às decisões judiciais, normas cuja estrutura seja fundada na diferenciação entre princípios e regras (ALEXY, 2009).

Princípios, para Alexy, são mandamentos de otimização, ou seja, trata-se de normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível. Podem apresentar diferentes graus de satisfação, o que dependerá das condições fáticas e jurídicas⁵⁸ existentes em determinado caso concreto (ALEXY, 2006). Já as regras são normas que ou são satisfeitas ou não. Assim, havendo a subsunção, impõe-se o seu cumprimento na exata medida do mandamento nela contido.

Por isso, afirma Alexy que a “distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.” (ALEXY, 2006, p. 91). A diferença entre as espécies de norma fica mais clara nas hipóteses de conflito. Na colisão entre regras, inexistindo cláusulas de exceção, a solução dar-se-á no âmbito da validade: uma delas será, necessariamente, nula. Já os princípios gozam da dimensão da importância, peso ou valor. Assim, à luz de um caso concreto, os princípios que, em abstrato, não possuem hierarquia,

⁵⁸ As condições jurídicas dizem respeito, em especial, à existência de princípios em sentido contrário (colidentes).

serão sopesados com o intuito de se observar qual será o aplicável diante das circunstâncias específicas. Aplica-se, então, a chamada lei de ponderação, em que se verifica qual dos princípios, para as especificidades daquele caso, deve ter um peso maior na concretização do direito. Travessoni (2015, p. 13), sintetiza com clareza todas essas questões:

[...] princípios são comandos de otimização, ou seja, comandos que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas, enquanto regras são comandos definitivos, ou seja, exigem simplesmente que uma conduta seja praticada. Colisões de princípios são solucionadas pela máxima da proporcionalidade, através de suas três máximas parciais, a saber, a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras exigem que algo seja realizado na máxima medida possível relativamente às circunstâncias fáticas, enquanto a terceira exige que algo seja realizado na máxima medida possível relativamente às circunstâncias jurídicas. A atividade de ponderação, sobretudo no plano da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, significa atribuir peso ou grau da interferência a um princípio, à importância do cumprimento do outro, e então verificar qual deles é maior.

Nota-se, desse modo, que os princípios serão ponderados na mesma medida que os valores, uma vez que a realização de um implica a efetivação de outro – e vice-versa.

É verdade que Alexy reconhece, *no plano teórico*, a diferença entre princípios e valores, o que o faz por meio da obra de Wright. Segundo o autor, os “conceitos práticos” podem ser divididos em deontológicos, axiológicos e antropológicos. Os primeiros impõem um dever, permissão ou direito a algo, de forma que podem ser reduzidos a um conceito deontológico base, qual seja, o conceito de dever ou dever-ser. Os conceitos axiológicos, por sua vez, caracterizam-se pelo seu vínculo com algo que pode ser caracterizado como “bom”. “Assim, conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou comparável com o Estado de Direito.” (ALEXY, 2006, p. 145).

Os princípios, pela classificação proposta, são conceitos deontológicos, pois estabelecem normas que impõem, *prima facie*, um dever-ser a partir do código lícito e ilícito. Já os valores apresentam-se como conceitos axiológicos, determinando, *prima facie*, o que é devido.

As mencionadas diferenças *teóricas*, contudo, não prevalecem no momento da *aplicação* dos valores e dos princípios, reconhece Alexy, o que decorre da submissão do discurso jurídico ao discurso prático moral. Exatamente por isso a *aplicação* de um princípio não se dará a partir da lógica deontológica, uma vez que implicará inexoravelmente em *ponderação*, em que princípios/valores *colidentes* deverão encontrar uma justa medida para que cada um seja reconhecido “na maior medida possível”.

Pois bem. A aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de solução da colisão de princípios mostra-se sem dúvida alguma coerente com a teoria do discurso adotada

por Alexy. Relembre-se que o autor desenvolvera complexo arcabouço de regras que funcionariam como parâmetro para *medir a racionalidade* da decisão, retornando à tradição fundadora da modernidade de que a correção normativa se atinge por meio da aplicação do método adequado.

A proporcionalidade, assim, em apertada síntese: a) será o *método* que, convivendo com a subsunção, permitirá a correção de enunciados valorativos com o objetivo de garantir-lhes sua *racionalidade*; b) implicará sempre uma solução em que os princípios serão aplicados como valores, ou seja, de acordo com a lógica da ponderação, em que o magistrado deverá construir a solução concreta, buscando realizar cada um dos princípios em conflito *na maior medida do possível*.

A tese da ponderação, em uma sociedade progressivamente mais complexa, em que cada vez mais interesses divergentes se contrapõem na esfera pública, parece não apenas convencer, como ser irrefutável. Afinal de contas, negar a ponderação seria imaginar que há soluções simples para casos complexos. “Sem dúvida não só na política, mas também no âmbito jurídico e, especialmente, no campo da aplicação judicial da Constituição, há situações em que a necessidade de se ponderar [...] é inafastável” (NEVES, 2014, p. 194).

Contudo, a ponderação, ao contrário, apresenta-se como uma tentativa de retirar complexidade dos problemas jurídicos por meio da introdução de um método capaz de legitimar uma decisão do ponto de vista da *racionalidade* – não de sua qualidade, ressalte-se. É fundamental ressaltar, pois, que a tese está assentada em determinadas pré-compreensões não problematizadas que envolvem, necessariamente: a) uma determinada tese sobre a legitimidade e a função do direito; b) uma determinada concepção do que seja interpretar o ordenamento.

Iniciando o debate à luz da filosofia política, é evidente que não se nega a influência inexorável entre o direito e a moral, bem como a articulação necessária entre ambas as esferas quando se desenvolve uma argumentação principiológica. Contudo, essa premissa não significa, em absoluto, que o tratamento do discurso jurídico, à luz dos princípios, deva se dar descaracterizando sua natureza deontológica. O desenvolvimento de uma pré-compreensão de que o magistrado deva alcançar um “meio termo” entre as normas em disputa, buscando satisfazer aqui e acolá, em uma típica argumentação “de política” (DWORKIN, 1999), não é, definitivamente, um imperativo do direito, mas uma construção teórica que, como todas as demais, deve ser problematizada, especialmente as razões de sua ampla aceitação.

Adotar esse conceito significa fragilizar o papel central do direito na modernidade, que é assegurar ao indivíduo determinada pauta de proteções que não está disponível aos

interesses da coletividade. Tampouco aos demais membros da comunidade jurídica.

Se, diante de um caso concreto, um indivíduo tem o direito à intimidade, não há que se fazer qualquer concessão ao possível direito à informação titularizado pela sociedade, *ponderando os valores* em jogo. Direito não é política, cujo objetivo é articular os diferentes interesses de uma sociedade na tentativa de conciliá-los. O direito é a instância que busca exatamente proteger o indivíduo das possíveis (prováveis) decisões arbitrárias da maioria – e a história nos coloca diariamente diante de exemplos que nos cria o dever de insistir em uma teoria que *leve os direitos a sério*, como leciona Dworkin.

Não há como negar, por outro lado, a *atualidade* da tese da ponderação. Em um mundo cada vez mais fluido, mais complexo, em que a viabilidade da política como instância deliberativa mostra-se cada vez menos crível, o deslocamento da condução moral da sociedade ao Judiciário, formado por quadros técnicos, oriundos de uma determinada elite titular do capital econômico e/ou cultural, parece obter uma legitimação “*a priori*” – como será debatido à frente.

É claro que a pergunta natural a se fazer surgirá em seguida: mas quando saberemos se o indivíduo goza ou não do direito à intimidade? A resposta a essa pergunta pressupõe que tratemos da segunda questão acima relacionada, que está na base da teoria de Alexy: como se *interpreta* o direito.

A adoção de um *método* como solução para a *racionalidade* das decisões judiciais coloca em relevo outro ponto importante da obra de Alexy: a reiteração da mesma crença desenvolvida pelos positivistas de que uma regra se autoaplica, por meio da subsunção. *Relembre-se que, ao final do processo de ponderação, será sempre formulada uma regra, cuja aplicação se dará também pela subsunção* (NEVES, 2014, grifo nosso).

Assim, em síntese, a subsunção estará sempre presente na obra de Alexy. Seja na existência de uma regra preexistente que deverá, pela atividade lógico-dedutiva do magistrado, disciplinar o litígio⁵⁹. Seja em razão de lacunas, ou outra circunstância que exija a aplicação de um princípio (como as situações excepcionais em que uma regra viole frontalmente a moralidade da sociedade – ALEXY, 2001), em que sua colmatação deverá ser

⁵⁹ A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia o nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de posituação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por determinações no nível das regras, compatível com regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípio. (ALEXY, 2008, p. 140).

feita por meio da ponderação de princípios e a consequente formulação de uma nova regra.

Em todos os casos, será da articulação do *silogismo* da subsunção com o aspecto *pragmático* do discurso jurídico oriundo da ponderação que Alexy buscará garantir o reconhecimento da racionalidade aos enunciados jurídicos (TOLEDO, 2013, p. 11).

Em todos os casos, novamente o direito volta seu olhar à ordem objetiva, como se lá situassem todas as respostas. No afã de controlar a atividade do judiciário, exigindo-lhe uma aplicação do direito que pressuponha a subsunção, neutraliza-se a evidente tarefa criadora da jurisdição e nos limita a enfrentar com clareza o problema. Mas, paradoxalmente, vai-se atribuindo progressivamente maior poder para o magistrado *corrigir* as normas do ordenamento.

E, ressalte-se, o ordenamento é formado por princípios em permanente tensão, como consequência inexorável de uma sociedade progressivamente mais complexa e ontologicamente marcada por interesses em conflito. Atribuir uma solução *meio termo, dois pra mim dois pra você*, não apenas não resolve o problema, como relativiza uma das questões centrais do direito, que é proteger minorias. Ora, o discurso da *ponderação* necessariamente expõe à influência do jogo político o resultado final dessa *concertação* de interesses. E, mais uma vez, desloca a uma categoria de especialistas a atividade ponderadora, como se o fizessem a partir de um olhar neutro.

De outro modo, como já exaustivamente afirmado, é por meio da reconstrução argumentativa do caso concreto, à luz de todas as suas especificidades, com o respectivo juízo de aplicação das normas que reclamam aplicação *prima facie* ao caso (GÜNTHER, 2004), tendo como princípio norteador a integridade do ordenamento (DWORKIN, 1999), que é possível concluir se o autor goza ou não do direito à intimidade.

A tarefa de interpretar as normas *prima facie* aplicáveis a um caso concreto implica necessariamente acrescentar um novo capítulo acerca de como a comunidade lida com os princípios que lhe são constitutivos. O controle da atividade jurisdicional não se dá tentando limitar o juiz à realização de um raciocínio silogístico, mas no controle da argumentação por ele desenvolvida.

A articulação entre *facticidade* e *validade*, entre segurança jurídica e justiça, não pode prescindir da dialética constante que se estabelece entre a irrepetibilidade do caso concreto e um ordenamento jurídico formado por princípios em constante tensão, cuja aplicabilidade não se dá *a priori*, mas por meio de adequada fundamentação.

A adoção do método da proporcionalidade como método de resolução de conflitos de princípios expõe, por si só, a proteção a direitos. Essa situação é complexificada, ainda,

quando o Supremo, pautado no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, passa a utilizá-lo não para julgar um caso concreto, mas para atuar na ordem objetiva constitucional.

A análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, em seguida, buscará compreender como a Corte foi reconstruindo sua argumentação de forma a abandonar uma postura restritiva, de mera sistematização e interpretação das regras e princípios do ordenamento, para permitir-se atuar diretamente como elaborador das normas. O objetivo da extensa análise de casos – pede-se vênica ao leitor, desde já – é buscar demonstrar como, por meio da linguagem, é possível observar como o STF foi *tomando consciência da abstrativização*⁶⁰.

⁶⁰ Como explicado à frente, Koselleck (2011), por meio da história dos conceitos, procura demonstrar como a modernidade foi construindo um novo repertório argumentativo desenvolvido para dar conta de seus novos problemas. Ou, de outro modo, como, por meio da linguagem, a modernidade *foi tomando consciência de si mesma*. A utilização da análise do discurso como metodologia para buscar reconhecer os principais elementos da abstrativização como nova dinâmica do exercício da jurisdição constitucional deveu-se, sem dúvida, à influência do pensador.

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

3.1 O paradigma da QO MI 107: o modelo rígido de separação dos Poderes fundamentados a partir de uma pré-compreensão específica do princípio de separação dos Poderes

Já no primeiro dia da promulgação da Constituição foram impetrados os dois primeiros mandados de injunção, comprovando a expectativa ensejada em torno do instituto. Segundo o jornal *Gazeta Mercantil*, a Associação Brasileira de Agências de Viagem (ABAV) ajuizou o *writ* objetivando que o STF vedasse que bancos, públicos ou privados, operassem no mercado de turismo até que uma lei específica permitisse a entrada dessas entidades no mercado⁶¹. A mesma reportagem informa que o operário Geraldo Maistro requereu ao STF a aplicação imediata, ao seu processo de aposentadoria, de todos os benefícios elencados pela Carta Magna.

Antes da Questão de Ordem no MI 107, o Supremo apreciou uma série de mandados de injunção, rejeitando-os sempre por algum critério formal, em regra a sua incompetência⁶² ou a inexistência da chamada “lacuna técnica”⁶³ – o que se daria, também, quando a norma impugnada fosse autoaplicável⁶⁴. Em outros julgados, a Corte não conheceu do *writ* em razão

⁶¹ NO PRIMEIRO dia, Supremo recebe oito pedidos de Habeas-Data contra SNI. **Jornal Gazeta Mercantil**, São Paulo, 7 out. 1988. Justiça.

⁶² Vide, nesse sentido: Mandado de injunção. Competência do S.T.F. (art. 102, item I, letra 'g', da CF). Inocorrência. Sendo o mandado de injunção requerido contra o DNOCS, e não contra qualquer das pessoas ou entidades constantes da letra 'q', do item i, do art. 102 da C.F., a competência para processá-lo e julgá-lo não é do Supremo Tribunal Federal. Encaminhamento dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, em face do disposto no art. 105, i, 'a' também da Constituição Federal, para apreciá-lo, como couber, tendo em vista não haver qualquer norma regulamentadora para definir a competência, quanto a mandados de injunção, da justiça militar, da justiça eleitoral, da justiça do trabalho e da justiça federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 158. Questão de Ordem. Relator: Min. Aldir Passarinho. Tribunal Pleno. Julgado em: 05 out. 1989. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 nov. 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81911>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁶³ - Mandado de injunção. - não é cabível se não há falta de norma regulamentadora necessária a viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5., LXXI, da Constituição Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 44. Agravo Regimental. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 15 fev. 1990. **Diário de Justiça**, Brasília, 23 mar. 1990.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325426>>. Acesso em: 26 out. 2015.

⁶⁴ - Mandado de Injunção (art. 5º, inciso LXXI, da C.F. de 1988). Microempresa. Anistia de correção monetária (art. 47 do A.D.C.T. da C.F. de 1988). 1. Se o direito à anistia já existe (art. 47 do A.D.C.T. da C.F. de 1988), se independe de norma regulamentadora que viabilize seu exercício, não ocorre hipótese de mandado de injunção, que só é cabível exatamente quando "a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (art. 5., LXXI). 2. **É impróprio o uso do mandado de injunção para o exercício de direito decorrente de norma constitucional auto-aplicável.** Mandado de Injunção não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 97. Questão de Ordem. Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em: 01 fev. 1990. **Diário de Justiça**, Brasília, 23 mar. 1990.

da inadequação de seu objeto com o pedido deduzido em juízo, como no caso em que os procuradores da República buscaram o reconhecimento da vacância do cargo de PGR⁶⁵ ou por sua utilização como sucedâneo de outras ações (mandado de segurança⁶⁶, ação indenizatória⁶⁷, etc.).

O precedente utilizado pelo Supremo para fixar as bases do instrumento, contudo, foi outro, em ação ajuizada em 21/04/1989. No caso, oficial do exército buscava o direito de não se licenciar compulsoriamente quando completasse 10 (dez) anos de ativa na condição de “R/2”, regra aplicável, até então, antes da entrada em vigência da Constituição. O argumento do autor consistia na possibilidade de o STF suspender seu licenciamento enquanto não sobreviesse a lei que, segundo o revogado artigo 42, § 9º, CF, viria a disciplinar a Constituição:

Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 9º A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade.

Antes do julgamento do *writ*, contudo, não por acaso distribuído ao ministro Moreira Alves, o mais influente da Corte, foi analisada a questão de ordem levantada para se resolver

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81907>>. Acesso em: 26 out. 2015.

⁶⁵ Mandado de injunção. impetração por procuradoras da República, contra o presidente da República, visando: 1. declaração de vacância do cargo de procurador-geral da República; 2. que o presidente da República indique, ao Senado Federal, um nome de membro do Ministério Público Federal para se investir no cargo de procurador-geral da República, com observância do art. 128, parágrafo 1, da Constituição Federal de 5.10.1988. descabimento do mandato de injunção para tais fins. interpretação do art. 5, inciso LXXI, da C.F. não se presta o mandato de injunção a declaração judicial de vacância de cargo, nem a compelir o presidente da República a praticar ato administrativo, concreto e determinado, consistente na indicação, ao Senado Federal, de nome de membro do Ministério Público Federal, para ser investido no cargo de procurador-geral da República. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 14. Questão de Ordem. Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em: 26 out. 1988. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 nov. 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81901>>. Acesso em: 26 out. 2015.

⁶⁶ Mandado de injunção impetrado contra autoridades fazendárias do Porto de Santos, em substituição a mandado de segurança. pedido não conhecido, remetido ao Tribunal Federal de Recursos, em face do que dispõe o artigo 102, II, 'a' da Constituição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 8. Questão de Ordem. Relator: Min. Carlos Madeira. Tribunal Pleno. Julgado em: 20 out. 1988. **Diário de Justiça**, Brasília, 11 nov. 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81899>>. Acesso em: 26 out. 2015.

⁶⁷ - Agravo regimental. Mandado de injunção. Descumprimento do prazo de cento e vinte dias, previsto no art.29, parágrafo 1., do ADCT. da Constituição, para o presidente da República enviar ao Congresso Nacional projeto de lei complementar. Prática do ato pela autoridade requerida no curso do processo. Perda de objeto. Pedido prejudicado (RI-STF, art. 21, IX). Reparação de dano, pela mora (Código Civil, art. 159). O mandado de injunção não e sucedâneo da ação de indenização. Seus limites foram riscados no MI n. 107-3-DF (questão de ordem). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 175. Agravo Regimental. Relator: Min. Paulo Brossard. Tribunal Pleno. Julgado em: 22 mar. 1990. **Diário de Justiça**, Brasília, 06 abr. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325436>>. Acesso em: 26 out. 2015.

o problema central debatido até então: seria o mandado de injunção autoaplicável? E, ainda, quais seriam os seus efeitos?

O relator inicia seu voto afirmando que, embora seja verdade que a Constituição teria previsto expressamente a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, essa disposição não seria absoluta. Consentindo com o entendimento de Ferreira Filho, por ele citado em sua fundamentação, afirma que apenas as normas “suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo” podem ser consideradas plenamente eficazes. Assim, seria necessário analisar o teor do artigo 5º, LXXI, CF, para se concluir acerca de sua “precisão”, ou não.

A Constituição, nesse sentido, teria disciplinado, expressamente: a) a natureza do instituto – ação; b) sua legitimidade ativa; c) bem como, parcialmente, a competência para o seu julgamento. Em relação aos demais elementos da demanda, contudo, restaria o silêncio: a) legitimidade passiva; b) rito; c) efeitos.

Seria possível suprir esse silêncio, tornando a norma autoaplicável? Apesar de já ter se manifestado contrariamente à sua autoaplicabilidade na imprensa, Moreira Alves construirá *interpretação extensiva* da Constituição para que se reconheça sua “suficiência”. Mais especificamente, a partir da interpretação sistemática dos artigos 5º, inciso LXXI; 102, inciso I, alínea q; 102, inciso II, alínea a; 105, inciso I, alínea h; e 121, § 4º, inciso V, todos da Constituição.

Assim, resolverá a falta de disciplina do rito determinando a aplicação subsidiária do mandado de segurança⁶⁸, uma vez que ambas as ações teriam a mesma natureza – enfrentando, pois, o silêncio da Constituição em relação ao procedimento e ao regime jurídico. Já o legitimado passivo seria “o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos [...]” e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Consequentemente, poderiam ser aplicadas as normas constitucionais que disciplinam a distribuição de competência. Faltaria, contudo, a resolução do problema dos efeitos da ação constitucional.

⁶⁸ Moreira Alves (1991) afirma que: “[...] sua denominação (algo como mandado de ordem) e sua colocação, em textos constitucionais (arts. 102, II, a; e 121, parágrafo 4o, V), ao lado do mandado de segurança, com a admissão de recurso ordinário no caso de decisão denegatória são tecnicamente incompatíveis com ação constitutiva que não se destina – como ocorre como mandado de segurança quando este tem natureza constitutiva – a desconstituir situação jurídica nova para restabelecer a anterior, e ação constitutiva cuja decisão final não é de deferimento ou de denegação do requerido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107. Questão de Ordem. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, p. 11, 2 ago. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

Por fim, restaria a Moreira Alves analisar os efeitos do *writ*. Apesar de último problema enfrentado, observa-se que toda a construção teórica por ele desenvolvida tem *como* pressuposto, exatamente, a negativa de efeitos à ação constitucional. Essa assertiva é facilmente demonstrada pelas eventuais consequências do STF em adotar a teoria concretista individual, mantendo-se as demais conclusões supramencionadas. Considerando que o presidente e o Congresso figurariam em regra no polo passivo na maior parte das ações ajuizadas, por serem os órgãos omissos na maior parte das vezes, o próprio Supremo restaria inviabilizado, uma vez que seria o Tribunal competente para analisar praticamente todos os *writs* ajuizados.

Paulo Gallotti não deixa dúvida a esse respeito. Para o ministro, a autoaplicabilidade do *writ* teria como pressuposto sua decisão de ostentar eficácia meramente mandamental. *Contrario sensu*, apenas porque mandamental é possível considerar o mandado de injunção como autoaplicável. Veja-se:

[...] a força mandamental, dirigida ao poder omissor, com vistas a tornar possível o exercício do direito reclamado, aplicando-se para tanto, no que couber, o procedimento do mandado de segurança. **Com esse contorno, mostra-se auto-aplicável a garantia inovada pelo art. 5º, LXXI.** (Grifo nosso).

Uma breve análise do voto de Otávio Gallotti (1991) reforça com ainda mais clareza alguns pontos importantes do precedente em análise. Inicialmente, o ministro observa que três teorias disputam a atribuição de efeitos ao *writ*. Afasta, desde já, a concretista geral, em razão de sua afronta ao princípio da separação dos Poderes, na medida em que o Judiciário usurparia a competência do Congresso Nacional de elaborar normas gerais e abstratas. Contrariamente à concretista individual, sustenta que haveria limitações de ordem prática para o suprimimento da lacuna, já que o STF estaria limitado a impor obrigações aos demais Poderes. Especialmente nas hipóteses em que fosse necessário criar órgãos ou executar políticas públicas, o que tornaria a ordem do Judiciário impossível de ser executada. Veja-se:

A única objeção que se opõe à solução adotada pela primeira corrente relativa ao mandado de injunção, embora para ela se encaminhem todos os elementos de interpretação que se podem colher dos textos constitucionais pertinentes, é a de que, na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os Poderes do Estado omissos. Essa objeção, porém, não leva em conta que o mesmo ocorre – e na mesma medida – com relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que visa, no que diz respeito à omissão regulamentadora, a “tornar efetiva norma constitucional” (art. 103, § 2º) que não o é por falta de regulamentação, e isso não obstante o texto constitucional brasileiro – mais enfaticamente do que a Constituição Portuguesa (art. 283º, 2), que se restringe à ciência –, não só lhe dá a eficácia declaratória (a de declarar a inconstitucionalidade da omissão), mas também a mandamental, que se traduz em cientificar o Poder omissor dessa declaração para que este adote as providências necessárias. Ora, tornar efetiva uma norma constitucional nada mais é do que viabilizar o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas

resultantes dessa efetivação. Isso mostra que essa ciência da declaração da omissão inconstitucional para que se adotem as providências necessárias é eficácia constitucionalmente satisfatória para a ação direta, pois não é admissível que se pretenda que a Constituição crie uma ação excepcional como é esta pelo simples prazer de criá-la, que a tanto leva a afirmação de sua inocuidade. E, se o é para a ação direta, processo objeto de defesa do interesse público, o será, também, para o mandado de injunção, ação que visa à defesa de interesse individual. Como sucede o § 2º do artigo 103, em que, na parte inicial (“declarada a inconstitucionalidade por omissão na medida para tornar efetiva norma constitucional”), apenas se caracteriza quando será admissível tal ação direta (ou seja, quando houver omissão inconstitucional relativa a medida para tornar efetiva norma da Carta Magna), mas não se diz que cabe ao Poder Judiciário supri-la legislando ainda que provisoriamente [...], o mesmo ocorre com o texto do artigo 5º, LXXI, que se omite quanto à segunda parte do artigo 103, § 2º, ficando apenas com norma semelhante à da primeira desta: a em que se caracteriza qual a omissão que dá margem ao uso do mandado de injunção [...], mas, também, não se diz que caberá ao Poder Judiciário, substituindo-se ao Poder competente, fazer essa regulamentação, restrita ao caso concreto, ou extensível a todos os casos análogos. A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade por omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E, bem ou mal, contentou-se com essa eficácia.

Suas conclusões seguem, assim como as dos demais ministros, as linhas gerais já apresentadas por Moreira Alves, como se observa sobretudo do conceito desenvolvido pelo relator acerca do mandado de injunção⁶⁹. Antes de finalizar o tópico, é importante fazer breves considerações visando iniciar o diálogo do modelo adotado pelo STF, em 1991, com o resultante da virada paradigmática operada em 2007.

Em primeiro lugar, os argumentos de Gallotti (1991) – assim como remansosa jurisprudência do STF – voltam-se com frequência ao posicionamento de Cortes estrangeiras, especialmente a alemã, não se preocupando em manter o vínculo com tradição constitucional brasileira. A proximidade com a promulgação da Constituição, somada com o período sombrio da ditadura vivido pelo Brasil até então, é uma razão óbvia que justificaria essa ausência. Contudo, deve-se lembrar que o ministro Moreira Alves afirmara expressamente que a nova Carta Magna seria uma *transição* democrática, não reconhecendo a originalidade do Poder Constituinte de 1987/88. Ademais, ele compusera a Corte desde 1973. Assim, o que se observa, na verdade, é que o recurso à história institucional não é uma prática argumentativa que recebe muita força na prática judiciária brasileira. A independência do magistrado, acrescida à festejada autonomia do Ministério Público são argumentos amplamente recorrentes para que os precedentes dos Tribunais Superiores demorassem a

⁶⁹ “[...] ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e **ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder**, órgão, entidade ou autoridade que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos referida no final do item anterior deste voto.”

ingressar na cultura jurídica – como o serão a partir da progressiva adoção, pelo STF, da abstrativização do exercício da jurisdição constitucional.

Outro ponto importante a ser considerado é o argumento da *ineficácia* do pronunciamento jurisdicional em relação às demandas que imporiam uma obrigação de fazer ao Poder Público⁷⁰, central para a construção do raciocínio do ministro e mesmo dos defensores da teoria concretista individual. Observa-se que, na prática judiciária brasileira, a tese mostra-se hoje absolutamente anacrônica, pois há incontáveis ações, ajuizadas pelo Ministério Público, Associações, Defensoria Pública, etc., impondo à Administração a construção de escolas, hospitais, presídios e as mais diversas obrigações de fazer.

O percurso da alteração desse paradigma sobre o exercício da jurisdição, à luz da mudança da argumentação jurídica utilizada pelo STF, é o objeto do presente trabalho. Mais especificamente, a observação das permanências, transformações e inovações (KOSSELLECK, 2011)⁷¹ na utilização do princípio da separação de Poderes pelo Supremo que, ao ressignificá-lo, permitiu não apenas a ampliação dos Poderes do Judiciário como também o deslocamento para a Corte de uma atuação progressivamente normativa.

Nesse sentido, é importante marcar desde já como a argumentação principiológica utilizada pela Corte, ao menos em termos de mandado de injunção, mas muito provavelmente não apenas em relação a ele, alterou-se substancialmente: de um recurso que marcava possibilidades, mas, sobretudo, limitações decorrentes do conceito de direito oriundo do

⁷⁰ Moreira Alves apud Calmon de Passos (1991, p. 112-113), que afirma “[...] descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve(r) a **organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço**, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstat, de modo decisivo, a pertinência do mandamus na espécie”. PASSOS, J.J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data**. São Paulo: Editora Forense, 1991.

⁷¹ Koselleck (2011, p. 103) afirma que “a história dos conceitos é, em primeiro lugar, um método especializado da crítica das fontes que atenta para o emprego de termos relevantes do ponto de vista social e político e que analisa com particular empenho expressões fundamentais de conteúdo social ou político. É evidente que uma história dos respectivos conceitos deve remeter não só à história da língua, mas também a dados da história social, pois toda a semântica se relaciona a conteúdos que ultrapassam a dimensão lingüística”. KOSSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos**. Trad.: Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

Nesse sentido, Koselleck (2011, p. 105) ainda assevera que: “Essa perspectiva metodológica, operacionalizada ao longo das épocas, acaba por transformar, também no que diz respeito ao conteúdo, uma história do respectivo conceito ali abordado. Em uma segunda etapa da investigação os conceitos são separados de seu contexto situacional e seus significados lexicais investigados ao longo de uma sequência temporal, para serem depois ordenados uns em relação aos outros, de modo que as análises históricas de cada conceito isolado agregam-se a uma história *do conceito*”.

“**Portanto, os processos de permanência, transformações e inovação são compreendidos diacronicamente ao longo da série de significados dos usos de um termo determinado**”. KOSSELLECK, op. cit., p. 107, grifo nosso.

paradigma liberal, à atribuição aparentemente ilimitada de poder ao Judiciário de intervir em ações/funções até pouco tempo afetas apenas ao Legislativo e Executivo.

Assim, enquanto o princípio da separação dos Poderes marcará, sobretudo, uma limitação à atuação do Supremo, num primeiro momento, princípios como o da máxima efetividade da Constituição, acrescidos da técnica da proporcionalidade, serão recursos utilizados recorrentemente como fundamento para uma redefinição da interpretação sobre os Poderes que a Corte se reconhece.

É o que se observa claramente da fundamentação Brossard (1991)⁷², ainda na QO MI 107. O ministro ressaltou com vigor a importância que a Constituição atribuiu aos princípios. Contudo, repare que o *recurso a essa espécie normativa se dá para garantir o sistema constitucional vigente e a prevalência que se reconheceu ao princípio da separação dos Poderes*. Veja-se:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é sem dúvida alguma, a que compatibiliza com **o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos Poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III)**, que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que **ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei** (art. 5º, II), e que, também, atento ao **princípio democrático**, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um **sistema de freios e contra-freios** de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo (Grifo nosso).

Não há dúvidas de que os princípios da separação dos Poderes, da legalidade, da democracia receberam todo o destaque pela Constituição, como afirmou Brossard (1991). Contudo, a materialidade desses princípios se dá na história, a partir do paradigma do conhecimento em que estão inseridos⁷³. Exatamente por isso é tão marcante a diferença que se observa da utilização dos princípios em 1991 daquela recorrente a partir de 2007.

Insistindo ainda na argumentação jurídica utilizada pela corrente liderada por Moreira Alves, interessante observar entrevista concedida pelo já ex-ministro em 2007. Ainda arraigado ao conceito de princípio da separação dos Poderes que defendera tão arduamente, afirma que o Supremo estaria, com o novo posicionamento em torno do mandado de injunção,

⁷² BROSSARD, Paulo. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107. Questão de Ordem. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, p. 11, 2 ago. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁷³ Segundo Dworkin (1999, p. 113): “Qualquer argumento jurídico prático, não importa quão detalhado e restrito seja, adota o tipo de fundamento abstrato que lhe oferece a doutrina, e, quando há confronto entre fundamentos antagônicos, um argumento jurídico assume um deles e rejeita os outros. Desse modo, o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia do direito está oculta e o argumento visível por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

preocupado em resolver as grandes questões nacionais, não em aplicar o direito. Estaria, assim, se imiscuindo na esfera legislativa sem que a Constituição lhe tenha atribuído essa função. Confira-se⁷⁴:

Hoje os mandados de injunção ganharam uma nova força, pois há sempre o risco de que, ao julgá-los, a Corte pós-Moreira Alves indique uma nova lei aplicada ou fixe novas regras que não foram aprovadas pelo Parlamento. **‘É a própria Constituição que declara que, na ação de constitucionalidade por omissão (dos parlamentares), se faça a comunicação ao Congresso. Mas não diz lá que se faça norma para substituí-lo ou para atuar no mundo da lei’**

[...]

“O STF está, hoje, mais preocupado em resolver grandes questões do país e, por isso, passou a indicar qual é o direito a ser aplicado mesmo na falta de leis? O problema aí é saber justamente se a Constituição outorga esse poder ou se ele foi criado pelo tribunal”, constatou Alves. Se foi criado pelo tribunal, é uma tendência. E sendo uma tendência da grande maioria, ela deve ser seguida, até porque há uma modificação na orientação da Corte.

‘Toda a decisão judicial não deixa de ser no fundo a ‘criação de um direito,’ disse. Segundo ele, o que há de diferente é a intensidade dessa criação, pois o STF está criando direito novo em vários temas.

‘Mas, a minha formação não foi essa. Ela foi mais jurídica e, por isso, sempre procurei dar às ‘minhas decisões um fundamento jurídico. Agora, evidentemente, com a mudança de orientação é difícil a gente estar fora do tribunal e dizer se deve criticar ou não. Confesso que não gosto de falar sobre novos colegas ou de novas orientações até porque parece que temos um saudosismo penitente ou, então, nos tornamos um progressista que só se tornou progressista quando deixou o tribunal (MOREIRA ALVES, 2011, grifo nosso).

A fala de Moreira Alves é elucidativa. Mas, ainda assim, com o objetivo de reunir os principais elementos que definiriam os traços essenciais do princípio da separação dos Poderes nesse momento, é importante descrever o entendimento do ministro Marco Aurélio sobre o tema, considerando seu importante papel de, juntamente com Veloso e Galvão, se opor à conclusão do QO MI 107. Observe que, mesmo adotando o posicionamento defendido pela teoria concretista individual, não diverge quanto aos traços essenciais da teoria do direito subjacente ao *writ*⁷⁵:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8., PARÁGRAFO 3. (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA)- A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL- ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" - "WRIT" DEFERIDO. **O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5., LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria**

⁷⁴ MOREIRA ALVES. Entrevista. In: BASILE, Juliano. Carta não autoriza STF a criar norma. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/impreso/politica/carta-nao-autoriza-stf-criar-norma-diz-moreira-alves>> Acesso em: 5 de out. de 2015.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284 DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 22 nov. 1992. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jun. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

excepcionalidade desse novo instrumento jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constituída onalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes,"desde logo", a possibilidade de ajuizarem,"imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório (Grifo nosso).

Com efeito, pode-se afirmar, ao menos genericamente, que, para o STF, naquele momento histórico: a) o mandado de injunção não se destinaria a transformar o Judiciário em uma função normativa, que lhe seria anômala; b) o Judiciário se distinguiria dos demais Poderes exatamente em razão de se limitar a aplicar a norma ao caso concreto, deixando a criação desses direitos, atividade política, aos demais Poderes; c) essas limitações são obrigatórias exatamente em razão do princípio da separação dos Poderes.

3.2 A rediscussão dos posicionamentos adotados pelo STF durante o período de 1989-2007

3.2.1 Síntese dos posicionamentos adotados pelo STF

Desde o momento da promulgação da Constituição já era ampla a doutrina que defendia a atribuição de efeitos constitutivos ao mandado de injunção. Com o tempo, administrativistas, processualistas e constitucionalistas foram tornando-se unanimemente contrários ao tratamento dado ao *writ* pelo STF na QO MI 107.

Em relação ao intervalo que vai do julgamento da QO MI 107 até o ano de 2007, prevalece amplamente na doutrina que até 2007 o Tribunal teria adotado, em sede de mandado de injunção, a teoria não concretista. Ou seja, o Poder Judiciário se limitaria a comunicar ao órgão competente o seu dever de disciplinar a omissão inconstitucional reconhecida como requisito de admissibilidade do *writ*. Essa assertiva não é, todavia, verdadeira, e a sua naturalização é uma das circunstâncias que dificulta a análise da dimensão da mudança paradigmática operada em 2007.

Como se verá, nesse interstício, o STF adotou basicamente 4 (quatro) posturas:

- a) Modelo 1: O STF, embora reconheça a mora do órgão competente, não analisa o mérito da pretensão, limitando-se a comunicar ao impetrado que incorre em inconstitucionalidade por omissão (teoria não concretista).

Está subjacente à adoção da presente doutrina a interpretação restritiva que o STF faz de seus poderes à luz do princípio da separação de Poderes. O conceito de não

autoaplicabilidade das normas será o meio pelo qual o STF veiculará, sob a linguagem técnico-jurídica, essa sua limitação de enfrentar o mérito da ação. O exemplo mais evidente desse posicionamento é o direito de greve dos servidores públicos, tratado no MI 20 e seguintes.

- b) Modelo 2: o Supremo defere tutela *satisfativa* ao impetrante, fazendo-o gozar diretamente do direito estabelecido, *prima facie*, pela Constituição. Nessa hipótese, o pedido deduzido pelo particular será não apenas enfrentado pelo Poder Judiciário, como sua pretensão será deferida pelo STF – mesmo que conceda, previamente, prazo ao Parlamento para suprir previamente sua mora ou, ainda, determine que o juízo de aplicação das normas ao caso concreto seja realizado em primeiro grau. É o que se dará em relação à imunidade tributária prevista no artigo 195, § 7º, da CF e, também, ao direito à indenização dos pilotos da aeronáutica, positivado no parágrafo terceiro, artigo 8º, do ADCT.
- c) Modelo 3: Utilizando-se de argumentos de natureza processual, extingue o processo sem julgamento de mérito. Há duas situações distintas que se enquadram a essa hipótese:
 - ✓ Modelo 3.1 Entendendo que o particular não goza do direito deduzido em juízo, não distinguindo o mérito da pretensão com os requisitos de admissibilidade/condições da ação, não *conhece* do *writ*. É o que se dá em relação ao pedido de servidores públicos de isonomia entre as carreiras, e.g.
 - ✓ Modelo 3.2 O Supremo extingue o processo sem análise de mérito, embora pudesse superar a questão preliminar para apreciá-lo. Tais circunstâncias denotam o apelo da Corte a questões processuais em detrimento da efetividade de suas manifestações – posicionamento que vai sofrer radical transformação a partir dos anos 2000.
- d) Modelo 4: Em uma última vertente, embora reconheça a autoaplicabilidade da norma constitucional que se busca regulamentar, também não conhecerá do *writ*, tornando necessário, em regra, que o impetrante se utilize das vias ordinárias do Judiciário para fazer valer o entendimento do Supremo – que, nesse momento, não goza de eficácia vinculante. É o que ocorre, por exemplo, em relação à pensão por morte dos militares.

Como esta dissertação utiliza-se da análise do discurso como metodologia, deverá, necessariamente, percorrer o seguinte caminho: em um primeiro lugar, analisar os julgados envolvendo o *writ* por tema (direito de greve, direito ao aviso proporcional, etc.),

individualmente. Em seguida, promover uma análise que chamaremos de “transversal”, ou seja, buscando compreender as continuidades e descontinuidades das características gerais do regime jurídico que o STF atribuiu ao instituto. Serão enfocados especialmente os problemas da autoaplicabilidade e do excessivo recurso à argumentação processual como meio de denegar direitos.

Por fim, ainda tratando da metodologia utilizada, foram pesquisados todos os julgados no sítio eletrônico do STF que contenham a expressão “mandado de injunção”. Os mais relevantes serão objeto de análise pormenorizada. Em relação aos demais, restringiremo-nos a fazer menção a seu objeto e ao resultado julgamento do Supremo.

3.2.2 *Modelo I: o reconhecimento da mora, com sua mera comunicação ao órgão competente. O legítimo modelo “não concretista”.*

3.2.2.1 MI 20, 438, 708, 712 (670): direito de greve dos servidores públicos

3.2.2.1.1 Limitação dos efeitos do *writ* à comunicação da mora: resultado do posicionamento da Corte sobre o mérito da pretensão, bem como das limitações que o STF se reconhece no exercício da jurisdição constitucional

A Constituição da República reconheceu, em seu artigo 37, VII, o direito de greve aos servidores públicos, contrapondo-se à Carta ditatorial de 1967/69 que o vedava expressamente:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em **lei específica** (Redação dada pela Emenda Constitucional 19/98. (Grifo nosso).

Contudo, como o texto expressamente estabeleceu que lei definiria seus termos e limites, entendeu o STF que o dispositivo ostentaria natureza de direito não autoaplicável, já que apenas por meio da atuação do legislador ordinário seria possível conferir densidade normativa ao direito. Celso de Mello (1994) ressaltou, ainda, que não seria possível a aplicação analógica da legislação afeta à greve na iniciativa privada porque, entre outros, o artigo 37, VII, CF exigiria lei complementar⁷⁶⁷⁷:

⁷⁶ Após a Emenda Constitucional 19/98, passou a exigir “lei específica”.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20. Relator: Min. Celso De Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 19 maio 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 nov. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

Observa-se, mesmo atendo-se apenas à ementa do julgado⁷⁸, que o argumento decisivo para o posicionamento do Supremo situa-se na não autoaplicabilidade da norma. Essa centralidade se observa não apenas pela topografia do argumento, primeiro a ser utilizado, como também pela sua extensa abordagem.

Contudo, é fundamental ressaltar que, no transcorrer do voto, a argumentação que serviu de base para se concluir acerca da autoaplicabilidade do artigo 37, VII, não se restringiu a uma análise textual sobre a “suficiência em si” do dispositivo. De outro modo, é a pretensão autoral, decorrente da relação que se estabelece entre o pedido e seu fundamento legal (causa de pedir), fator decisivo para que o Supremo decida não poder intervir em terreno tão arenoso – definir os parâmetros para se exercer o direito de greve dos servidores públicos.

Nesse sentido, Mello (1996), dissecando a natureza do direito objeto do *writ*, buscou analisar a complexidade em que estaria envolto e, conseqüentemente, os riscos em se adotar posicionamento diferente ao enunciado por ele. Apesar de ressaltar a importância do direito de greve, asseverou que o interesse público subjacente à sua limitação também mereceria guarida do Estado, especialmente nas hipóteses de serviços públicos essenciais – argumentação idêntica à utilizada por Gilmar Mendes no MI 670, apesar das distintas conclusões. Para reforçar seus fundamentos, citou inclusive a Encíclica *Laborem Exercens*, do

⁷⁸EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20. Relator: Min. Celso De Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 19 maio 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 nov. 1996. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

Papa João Paulo II, em que afirma que a greve não poderia se transformar em uma espécie de abuso de grupo ou classe. Ainda segundo o Pontífice, se a greve era um direito, não poderia ser utilizada para “fins políticos”.

Com efeito, se a falta de lei disciplinando a norma constitucional foi o argumento mais amplamente exortado, o entendimento sobre o mérito do *writ* não pode ser desprezado como razão de decidir. Em outros termos, é da conjugação do posicionamento do STF sobre o mérito da pretensão deduzida em juízo com as limitações que a Corte se reconhece no exercício da jurisdição, decorrentes de sua pré-compreensão acerca do princípio da separação dos Poderes, que se compreende melhor a adoção da teoria não concretista.

3.2.2.1.2 Breve análise sobre os votos divergentes: mesmas premissas, distinta solução

O ministro Marco Aurélio, em sede de preliminar, adotou posicionamento divergente de seus pares. Considerando que a lei de greve dos servidores privados deveria ser aplicada aos servidores públicos, declarou o autor carente da ação, já que não estaria presente a *lacuna*, requisito de admissibilidade que caracterizaria o mandado de injunção. Reconhecendo, contudo, que sua preliminar seria negada pela maioria do pleno, no mérito determinou a aplicação analógica da Lei 7.783/89 como meio de se fixar os parâmetros indispensáveis ao exercício do direito de greve, mesmo posicionamento adotado por Veloso.

Importante observar que mesmo os ministros que adotam a teoria concretista individual se apoiam, também, na doutrina da autoaplicabilidade como teoria do direito que fundamenta a classificação das normas constitucionais. Mais que isso, ambas as teorias diferenciam a *lacuna*, situação em que se admitiria a aplicação de métodos de integração do ordenamento, da *ausência de norma reguladora*, em que o princípio da separação dos Poderes inviabilizaria o Poder Judiciário de suprir a vontade do legislador, devendo o STF se limitar a comunicar a mora ao Parlamento. Veja-se a ementa do MI 485⁷⁹:

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. [...]

2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 485/MT. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em: 25 abr. 2002. **Diário de Justiça**, Brasília, Seção I, 23 ago. 2002, p.7. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81835>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

A divergência entre as posições majoritária e minoritária centrará, portanto, nas premissas por elas adotadas e nos requisitos para a caracterização da lacuna: à medida que os concretistas individuais atribuem ao Judiciário o dever-poder de solucionar o caso concreto, caracterizarão com mais facilidade determinada situação como *lacuna*, permitindo-se, assim, a maior possibilidade de utilização dos meios integrativos do ordenamento. Não por acaso Marco Aurélio, Veloso e Galvão propõem a utilização da *analogia* para assegurar – e restringir – o direito de greve dos servidores públicos, enquanto os demais entenderão se tratar de “ausência de norma integradora”.

Observa-se que o recurso aos meios de auto e heterointegração do ordenamento ocupará lugar de destaque neste momento histórico, especialmente como meio de empoderar o Judiciário em dar soluções concretas às demandas a ele submetidas.

3.2.2.1.3 Novamente a importância do posicionamento do STF sobre o mérito para sua conclusão acerca dos pressupostos processuais/condições da ação: breve análise do RE 185944

O sindicato dos policiais civis ajuizou mandado de segurança contra decisão do governador do Estado do Espírito Santo que cortou o ponto dos servidores grevistas. Como narrado pelo relator, Marco Aurélio, o sindicato que organizou o movimento alega que teria acordado com o Poder Público manter os serviços essenciais. Apesar de a promessa ter sido cumprida, ainda assim o ponto dos paredistas teria sido cortado.

O TJES deferiu o pedido, determinando o pagamento aos servidores. A Procuradoria local ajuizou recurso extraordinário que, contudo, não foi conhecido pelo Supremo, em acórdão assim ementado:

GREVE - SERVIDOR PÚBLICO - PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO. Se de um lado considera-se o inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal como de eficácia limitada (Mandado de Injunção nº 20-4/DF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 22 de novembro de 1996, Ementário nº 1.851-01), de outro descabe ver transgressão ao aludido preceito constitucional, no que veio a ser concedida a segurança, para pagamento de vencimentos, em face de a própria Administração Pública haver autorizado a paralisação, uma vez tomadas medidas para a continuidade do serviço.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 185944. Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma. Julgado em 17 abr. 1998, **Diário da Justiça**, Brasília, 07 ago. 1998.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=228913A>>.

Acesso em: 8 nov. 2015.

O não conhecimento se deu, portanto, em razão da existência do acordo nos autos, o que faria com que, naquele caso concreto, fosse necessário afastar o posicionamento

consolidado na Corte, que admitia o corte do ponto⁸⁰. Ora, na medida em que se reconhece a ilicitude do direito de greve em razão da não autoaplicabilidade do artigo 37, II, da Constituição Federal, não haveria como se negar a retenção dos vencimentos nos dias não trabalhados. O STF nitidamente julga o mérito da ação e conclui que, diante do acordo, seria ilícita a atitude do Poder Público de rompê-lo. Marco Aurélio, nesse sentido, cita em seu voto manifestação do desembargador relator que reconhece expressamente:

O que emana dos autos é que o próprio **Poder Público** ao estabelecer os termos e condições do documento de folhas, **reconheceu**, expressamente, **o direito à greve** então deflagrada, e autorizou, também expressamente, os Impetrantes a não comparecerem ao serviço enquanto durasse o movimento.

Se, mais uma vez, o STF utiliza-se do recurso do não conhecimento da ação em razão de seu posicionamento sobre o mérito, no caso em análise o faz para garantir um direito já assegurado pelas instâncias ordinárias. Contudo, essa situação é excepcional, já que, em regra, a confusão do mérito com questões preliminares será um meio de o STF não ultrapassar os limites por ele criados para o exercício da jurisdição.

3.2.2.1.4 Uniformização da jurisprudência: breve análise sobre como os Tribunais inferiores gozavam de razoável “legitimidade” para não seguir o posicionamento do STF.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região possui precedentes, muito provavelmente majoritários, em que se manifesta sobre a insubsistência do direito de greve dos servidores em razão da falta de disciplina legal da matéria, admitindo, assim, o corte do ponto dos servidores faltosos. Contudo, a matéria não era pacífica nos Tribunais Regionais Federais. O TRF 5, por exemplo, possui precedentes em que se considerava afronta ao direito de greve o corte de ponto. Veja-se:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. GREVE. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. CORTE DO PONTO DOS DIAS PARALISADOS. OFENSA AO DIREITO DE GREVE. - Decisão de 1º Grau que deferiu, em parte, liminar para que fossem compensados os dias paralisados, após encerrado o movimento grevista, ao invés de desconto da remuneração. - Liminar suspensa por decisão da Presidência deste Tribunal que entende ilegal o movimento grevista de servidores públicos enquanto não regulamentado o inciso VII do art. 37

⁸⁰ EMENTA: I. Greve de servidor público: não ofende a competência privativa da União para disciplinar-lhe, por lei complementar, os termos e limites - e o que o STF reputa indispensável à licitude do exercício do direito (MI 20 e MI 438; ressalva do relator) - o decreto do Governador que - a partir da premissa de ilegalidade da paralisação, à falta da lei complementar federal - discipline suas consequências administrativas, disciplinares ou não (precedente: ADInMC 1306, 30.6.95). II. ADIn: legitimação ativa: COBRAPOL - Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais civis. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1696 MC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em: 20 maio 1998, **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jun. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=228253>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

da CF. - A falta de regulamentação do direito de greve não justifica o desconto da remuneração dos dias paralisados, sob pena de extirpação de um direito constitucionalmente assegurado e omissão indefinida do Poder Público em regulamentá-lo. - Provimento do agravo regimental. AGSS 20050500019719101. AGSS - Agravo Regimental na Suspensão de Segurança - 6529/01. Relator: Desembargador Francisco Cavalcanti. TRF 5. Data da Decisão: 27 jul. 2005. Diário de Justiça, 13 set. 2005, p. 439, n. 176. Data da Publicação: 13 set. 2005. Decisão por maioria.

Observa-se, assim, que o posicionamento adotado pelo STF, embora prevalecesse na jurisprudência, não obteve unanimidade nos Tribunais pátrios, havendo decisões que expressamente o afrontavam, postura recorrente antes do início da tendência da abstrativização do exercício da jurisdição constitucional. Importante observar que o precedente é de 2005.

Àquela altura, a decisão do STF sobre o direito de greve não gozava de efeito vinculante, devendo a Procuradoria local se valer do recurso extraordinário diante da decisão. Mas não é só. Ainda permanecia razoavelmente aceso o debate que permeou, desde a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC 03/93, a discussão acerca da autonomia dos magistrados em face do posicionamento dos Tribunais Superiores. O respeito aos precedentes como prática inerente ao exercício da jurisdição ainda encontrava-se em formação e era tolerável no âmbito do Judiciário.

A partir da consolidação dos instrumentos essenciais da abstrativização, contudo, a *cultura* do precedente vem progressivamente ganhando força. E, ressalte-se, se o efeito vinculante cumpre um papel importante para essa mudança, ele, por si só, não explica todo o fenômeno. Há, desde a formação do jurista, um novo olhar sobre o papel dos Tribunais Superiores. Saber o direito pressupõe o conhecimento das decisões dos órgãos de cúpula do Judiciário, o que se dá pela mudança pedagógica não apenas nas faculdades de direito como, sobretudo, nas exigências dos concursos públicos, *ethos* primordial do estudante de direito.

Prova da importância da *cultura* do respeito aos precedentes se dá, por exemplo, em relação à Justiça do Trabalho, que ainda resiste a adotar, com certa frequência, o posicionamento do STF. Em matéria de responsabilidade do Estado sobre a relação trabalhista estabelecida entre os concessionários de serviço público e seus empregados, por exemplo, afronta constantemente precedente que goza de eficácia vinculante. Embora o Supremo tenha se manifestado, em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (ADC 16), que a natureza dessa responsabilidade é subsidiária, os Tribunais Obreiros aplicam com frequência a responsabilidade solidária⁸¹, desenvolvendo teses as mais diversas para fazer

⁸¹ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. PREVENÇÃO DE RISCOS.

prevalecer o seu entendimento sobre aquele fixado pela Suprema Corte.

Observa-se, assim, por um lado, um avanço na tentativa de se uniformizar o posicionamento do Poder Judiciário. Mas, por outro lado, torna-se necessário indagar quais os limites da atuação do Supremo na ordem “objetiva” na construção da “racionalidade” do sistema jurídico pautado em normas gerais e abstratas que, necessariamente, deverão ser aplicadas ao caso concreto pelas instâncias ordinárias.

3.2.2.2 O aviso-prévio proporcional: a alteração da jurisprudência do STF e a inédita atuação dos órgãos competentes para disciplinar a matéria.

O aviso-prévio proporcional⁸² também foi um direito trabalhista de enorme importância assegurado pela ANC e sua falta de regulamentação foi submetida ao Supremo. A Corte, reconhecendo a mora, veio a julgar procedente o *writ*, mas se limitando a comunicá-la ao Parlamento.

Muito importante observar que, a partir da mudança operada em sua jurisprudência em 2007, o STF sinalizou que alteraria esse seu entendimento também em relação ao FGTS, disciplinando a matéria caso persistisse a mora dos órgãos competentes. O presidente da República e o Congresso, então, em atitude até então inédita, promoveram a regulamentação da matéria por meio da Lei 12.506/2011.

Mesmo com a publicação da nova Lei, a Suprema Corte estabeleceu que todos aqueles

TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. Compete ao empregador propiciar um ambiente saudável de trabalho, afastando elementos geradores de acidentes e de doenças laborais, fiscalizando, por exemplo, a utilização dos equipamentos de proteção individual de trabalho, pelos empregados. Nessas circunstâncias, o reclamado deve demonstrar que agiu com a cautela necessária, para a efetiva adoção das medidas pertinentes à segurança do trabalho, com o escopo de prevenir todos os riscos (CLT, art. 157). Ademais, mesmo que não houvesse preceito normativo expresso a respeito do dever patronal de adotar todos os cuidados em relação à segurança de seus subordinados, tal obrigação adviria do dever de proteção ao meio ambiente do trabalho, nos termos dos aludidos arts. 200, VIII, e 225 da CF. Nesse contexto, todos os riscos devem ser evitados, inclusive mediante tutela específica para inibir que trabalhadores prestem serviços sem as condições ambientais laborais adequadas (CPC, art. 461, 4º), o que se aplica também ao ente público responsável pelos concessionários e permissionários do sistema de transporte público de passageiros. DANOS MORAIS COLETIVOS. A empregadora não observou princípios de grande relevância para a coletividade, violando normas constitucionais e legais, não fazendo com que a sua propriedade cumpra a função social prevista na Constituição Federal. Nesse contexto, a decisão de origem merece reforma para deferir o pagamento de indenização a título de danos morais coletivos. Recurso do Ministério Público do Trabalho conhecido e parcialmente provido. TRT 10ª Região, 1ª Turma, Relator Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/servicos/consultas/acordao.php?nProcTrt=01882&tipo_trt=RO&aProcTrt=2015&dt_julgamento_trt=07/08/2015&%20np=01584-2012-009-10-005&nj=GRIJALBO%20FERNANDES%20COUTINHO&npvoto=414169&tp=RO>. Acesso em: 29 dez. 2015.

Acesso em: 29 dez. 2015.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 369. Relator para acórdão: Min. Francisco Rezek. Tribunal Pleno. Julgado em: 19 ago. 1992. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 fev. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81797>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

que ajuizaram mandado de segurança antes de 2011 fariam jus ao benefício⁸³. Observa-se uma enorme ruptura em relação ao comprometimento da Corte com a eficácia de seus pronunciamentos.

3.2.2.3 MI 448 e a assistência social

A assistência social também foi objeto do mandado de injunção. No caso, pessoas com necessidades especiais buscaram, no Supremo, a regulamentação do artigo 203, V, da Constituição⁸⁴, que instituíra benefício de um salário mínimo a quem cumprisse os requisitos “estabelecidos por lei”, independentemente do pagamento de qualquer contribuição. Contudo, como o dispositivo fez expressa menção à necessidade de lei que o disciplinasse, todos os ministros reconheceram a sua não autoaplicabilidade.

Por outro lado, a divergência sobre os efeitos da ação, naturalmente, permaneceu: Marco Aurélio, Carlos Mário e Ilmar Galvão restaram vencidos, já que condenavam a União a arcar com a obrigação a ela imposta – com a especificidade de que Veloso encaminharia os autos ao juízo trabalhista para que fixasse o direito somente após a análise do caso concreto.

A maioria do Tribunal, contudo, seguiu o voto do ministro Moreira Alves, se limitando a reconhecer a mora e comunicá-la ao Congresso Nacional.

3.2.3 *Modelo II: O deferimento de tutela satisfativa ao impetrante*

3.2.3.1 MI 283 e seguintes: direito à indenização previsto no artigo 8º, § 3º, ADCT. O início da demonstração da insubsistência fática da teoria da autoaplicabilidade das normas jurídicas

A Constituição instituiu algumas hipóteses de indenização visando reparar alguns dos

⁸³ Ementa: Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 943. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 06 fev. 2013, Acórdão Eletrônico. **DJE**, 30 abr. 2013.

⁸⁴ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

danos decorrentes da ditadura. O artigo 8º, parágrafo terceiro, do ADCT⁸⁵, nesse sentido, determinava que a lei instituísse indenização aos cidadãos impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional em decorrência de Portaria específica do Ministério da Aeronáutica. O Congresso Nacional, contudo, se omitiu em cumprir o disposto no artigo em análise, o que ensejou que particulares ajuizassem mandados de injunção com o escopo de impor ao Estado o gozo do direito previsto pela Constituição.

Enfrentando os primeiros precedentes sobre o tema, os MI 283 e 284, imagina-se pela ementa dos julgados que o STF reiteraria seu entendimento firmado em relação à greve, já que afirma que o mandado de injunção não poderia implicar na criação de direito novo, tampouco permitiria ao Judiciário uma atuação normativa. Contudo, os arestos em análise acabam por inovar substancialmente sobre o tema.

Sepúlveda Pertence, acolhendo proposição de Moreira Alves, propôs que o STF reconhecesse ao impetrante, em caso de perpetuação da mora do Congresso Nacional, o direito de ajuizar ação indenizatória em face da União, com o objetivo de ver reconhecida a pretensão por ele deduzida⁸⁶. Pertence (1992) ressaltou que a proposta manteria intacto o entendimento firmado no precedente paradigma sobre o tema (QO MI 107), não apenas em relação às limitações dos efeitos do *writ* como, ainda, de sua expressa menção à possibilidade de o Tribunal tomar medidas pragmáticas para fazer “acautelar” o direito do particular enquanto persistir a mora. Estaria em jogo, segundo o relator, uma relação entre o princípio da legalidade e o da omissão inconstitucional do Estado: se, por um lado, ninguém é obrigado a

⁸⁵ Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (Regulamento)

[...]

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

⁸⁶ [...]

- Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se “prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, “desde logo”, a possibilidade de ajuizarem, “imediatamente”, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 22 nov. 1992. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jun. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8176>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei, por outro não seria admissível que o Poder Público se locupletasse de sua omissão inconstitucional.

Com efeito, abrindo-se as vias ordinárias aos autores, tornar-se-ia possível o reconhecimento de seus respectivos direitos, mesmo que temporariamente⁸⁷. Ademais, evitar-se-ia uma enxurrada de ações que seriam ajuizadas na Corte caso se atribuísse o efeito constitutivo à demanda, temor reiteradamente manifestado pelos ministros⁸⁸.

Nos dizeres de Moreira Alves (1991), adotando-se a sugestão por ele apresentada, *a Constituição seria diretamente aplicada ao caso concreto*. Destaca-se⁸⁹:

Não estamos dando ao juiz a faculdade de fixar parâmetros, apenas dizendo que a Constituição, no caso concreto, se aplica de imediato se o Congresso não legislar, o que implica dizer que ele tem direito à indenização que o juiz fixar. Se V. Exa. concluir pela tese que adota, terá que transformar o mandado de injunção em ação ordinária para que se prolate sentença condenatória líquida ou ilíquida.

Em outros termos, embora o ministro não seja absolutamente claro a esse respeito, é possível inferir claramente que, ultrapassado o prazo sem que o Congresso Nacional legisle, a norma se tornaria imediatamente autoaplicável, podendo o juízo de 1º grau, à luz do caso concreto, suprir a lacuna e fixar, a partir da legislação civil, a indenização devida ao autor.

Ora, mas como uma norma constitucional pode se tornar, dessa maneira, autoaplicável? Como é possível reconhecer que uma norma constitucional não é “bastante em si” e, em seguida, permitir que o magistrado *a quo supra* a lacuna?

A forma de manter a coerência em torno do posicionamento adotado foi afirmar que a solução seria uma *tutela cautelar*, ou seja, uma mera solução para evitar o perecimento do direito do particular, enquanto não sobreviesse lei disciplinando a matéria. Contudo, o pagamento de indenização, com base nas leis civis, não se trata de mera tutela cautelar, mas de evidente provimento satisfativo, uma vez que o particular receberá do Estado quantia certa em decorrência do ilícito que sofrera, como deixa clara a conclusão do voto do ministro

⁸⁷ Sobrevindo lei regulamentando a matéria, prevaleceria seu entendimento sobre a decisão transitada em julgado? Essa questão foi debatida pelos ministros e, por isso, Sepúlveda Pertence utilizou-se da expressão “mesmo que temporariamente”.

⁸⁸ Moreira Alves (1992, p. 25-26) declara que: “Vamos transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte que julgará, ordinária e originariamente, talvez mil, dois mil ou, até dez mil casos análogos a este. Não é possível que o constituinte pretendesse inviabilizar o Supremo Tribunal Federal. Termos que fixar para cada caso a indenização cabível e não há normatividade possível”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 22 nov. 1992. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jun. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8176>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 nov. 1991, p. 24. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

Sepúlveda Pertence⁹⁰:

Por isso, acolho a solução alvitrada, nos seguintes termos:

[...]

b) Ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconheço ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, **sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem**;

c) declaro que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável (Grifo nosso).

Em síntese, o STF, mesmo declarando que uma norma é não autoaplicável, ainda assim reconheceu o direito nela estabelecido e permitiu que as instâncias ordinárias proferissem sentença líquida, em face da União, beneficiando o impetrante. Trata-se, pois, de uma contradição em termos. Ou a norma goza de aplicabilidade ou não goza. O direito se reproduz a partir de um código binário lícito/ilícito. Começa-se, desde já, a ficar claro como a construção em torno da teoria da autoaplicabilidade das normas constitucionais não se mostra coerente com a prática jurídica subjacente.

Relembre-se que são dois critérios essenciais utilizados pela doutrina para que se reconheça uma norma como não autoaplicável: a) questões linguísticas – já que “se reconhece pela própria linguagem do texto” (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 98) que uma norma não é bastante em si para gerar a incidência imediata; b) a inviabilidade da imputação ao Estado da obrigação de realizar políticas públicas; ou, como prefere a maioria dos autores, as normas programáticas dependeriam de disciplina oriunda do Parlamento e do Executivo.

Esse segundo escopo é absolutamente anacrônico, como já demonstrado: o Judiciário interfere, ou não, em uma determinada política pública por vários fatores, mas não por considerar uma norma autoaplicável ou não. O apego à classificação em análise apresenta-se muito mais como uma bengala para negar o pedido do que, propriamente, uma inviabilidade *jurídica* de se efetivar o direito. Até porque normas consideradas por um longo tempo como não “bastante em si” são, com frequência, utilizadas para fundamentar o deferimento de idêntica pretensão mesmo que permaneçam sem disciplina pelo Parlamento. É o que se deu, exatamente, com o direito de greve dos servidores públicos.

Fica claro que também não são limitações textuais que impõem a não autoaplicabilidade a uma norma constitucional. Ora, o STF afirma que uma norma constitucional não está disciplinada por lei ordinária, o que a transformaria, automaticamente, em não autoaplicável. Contudo, ainda assim autoriza o gozo do direito nela estabelecido,

⁹⁰ Ibid., p. 20.

aplicando-se as normas de direito civil sobre indenização.

Já no julgamento dos MI 543⁹¹ e 562⁹², apreciados 10 anos após os primeiros precedentes, o STF deu um passo à frente ao entendimento firmado nos MI 283 e 284: suprimiu a necessidade do impetrante de ajuizar ação indenizatória, concluindo que a sua manifestação favorável já permitiria ao particular ingressar diretamente com uma ação de *liquidação*, tornando-se desnecessária a fase de conhecimento. Haveria, assim, uma “divisão de competência”: o STF reconhece como certos os fatos constitutivos do direito e, em seguida, o magistrado *a quo* fixa os parâmetros exatos da indenização.

Fica claro, portanto, que o Tribunal atua, no precedente sob análise, de forma muito próxima à defendida no presente projeto: inicialmente, reconhece a definição *prima facie* da norma constitucional. Em seguida, a partir da análise das especificidades do caso concreto, realiza-se o juízo de aplicação da norma. Contudo, para evitar transformar o STF em uma instância ordinária, desloca ao magistrado de primeiro grau a fixação do caráter definitivo do direito⁹³.

3.2.3.2 Breve análise da corrente minoritária

Os ministros Carlos Veloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão manterão a divergência sobre o posicionamento majoritário acerca dos efeitos do *writ* durante todo o período analisado. A maior parte das oposições levantadas pela corrente minoritária será mantida no MI 284 e, portanto, já foi trabalhada até aqui. Contudo, a análise pormenorizada do precedente sob invectiva permite a sistematização dos pontos em comum e das divergências centrais na jurisprudência do STF.

Relator do MI 284, Marco Aurélio inicia seu voto afirmando contrariar a organicidade do direito de atribuir ao *writ* o mesmo efeito conferido à ADI por omissão. Posicionou-se distintamente da Corte, também, em relação aos efeitos do mandado de injunção. Segundo ele, afrontaria a separação dos Poderes estabelecer um prazo para que o Parlamento exercesse

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 543. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno. Julgado em: 26 out. 2000, **Diário de Justiça**, Brasília, 24 maio 2002.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 562. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgado em: 20 fev. 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 jun. 2003.

⁹³ A posição é muito semelhante àquela defendida por Calmon de Passos. Para o processualista, considerando que a inconstitucionalidade seria reconhecida como uma prejudicial de mérito em uma demanda subjetiva, o *writ* deveria ser ajuizado como um incidente sempre que o juiz da causa reconhecesse que a falta de lei inviabilizasse a resolução do mérito. Assim, enquanto ao STF competiria disciplinar a omissão, ao magistrado monocrático realizar o juízo de aplicabilidade das normas. “Para nós, a única resposta aceitável é a primeira: o Supremo “supre” a falta da norma, para afastar a inconstitucionalidade por omissão, e, suprida a falta, o juiz competente, no caso concreto, na lide em que a questão se consubstanciou, aplica aos fatos (que já verificou) o direito que incidiu, inclusive o preceito constitucional, com o alcance definido pelo Supremo Tribunal Federal” (PASSOS, 1991, p. 100).

sua função legislativa. “Trata-se de uma atividade inerente a um Poder e que é definida no âmbito político”, afirmou o julgador⁹⁴. Ao Judiciário competiria, portanto, julgar o caso concreto e deferir, ou não, a pretensão deduzida em juízo pelo autor.

No mesmo sentido, o ministro Carlos Veloso reiterou o voto por ele proferido nos autos do MI 232, bem como de artigo por ele escrito tratando da matéria, em que afirma que a natureza do mandado de injunção é substantiva, fazendo as vezes da norma infraconstitucional ausente. Integraria, pois, o direito ineficaz. O juiz, assim, criaria, para o caso concreto, a norma especial. Ressalta que essa função estaria nos estritos limites atribuídos ao Judiciário, que é de resolver o caso concreto com eficácia *inter partes*. Ressalta que não se deveria atribuir ao *writ* o mesmo efeito reconhecido à ADI por omissão, já que no primeiro caso se está diante de um processo subjetivo, voltado à proteção de direito individual da parte. No segundo, uma hipótese de controle geral e abstrato de constitucionalidade.

Conclui deferindo aos impetrantes o pagamento do valor do maior salário pago na aviação comercial brasileira, multiplicado pelo número de vezes em que os autores restaram impedidos de exercer sua profissão. Por outro lado, negou o pedido indenizatório, pois, segundo ele, não seria viável fazê-lo por meio do mandado de injunção, o que demandaria ação própria.

O ministro Ilmar Galvão, por sua vez, reiterou que estaria implícito no mandado de injunção a ideia de “julgamento por equidade”, como já previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro em diversos dispositivos, como por exemplo o 8º da CLT⁹⁵, o 108 do CTN⁹⁶ e o 1.109⁹⁷ do CPC. Em outros termos, a norma faltante, que inviabilizaria o gozo do direito pelo particular, seria suprida por meio do julgamento por equidade.

Afirma, ainda, que o escopo do mandado de injunção é o estabelecimento da *regra a*

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 22 nov. 1992. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jun. 1992, p. 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8176>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁹⁵ Art. 8º, CLT- As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

[...]

⁹⁶ Art. 108, CTN. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

[...]

⁹⁷ Art. 1.109, CPC. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

ser aplicada ao caso concreto, propiciando a realização do direito, mas sem que se extrapole a fixação dessa regra. Galvão (1992, p. 29)⁹⁸ assevera que:

Assentado, por essa forma, que o mandado de injunção é **meio processual**, de natureza constitucional, destinado a propiciar a **realização de direitos inviabilizados por falta de regulamentação legal** e que a decisão a ser nele proferida deverá **limitar-se à definição de regra a ser observada pelo juiz**; e tendo em vista que, no presente caso, a própria Constituição assegurou o pretendido direito à reparação de natureza econômica, restando, tão-somente, estabelecer-se o modo de determinar o *quantum* reparatório, de molde a produzir uma sentença condenatória líquida, parece razoável entender-se que o julgamento, nesta assentada, deve concluir pela **indicação do critério a ser observado no cálculo da indenização devida** (Grifo nosso).

Assim, concluiu que deveria ser fixada a indenização com base no maior salário pago aos pilotos da Força Aérea, independentemente de terem suas famílias sido eventualmente beneficiadas por pensão militar.

Interessante notar, assim, que tanto Carlos Mário quanto Ilmar Galvão reconhecem a aplicabilidade do juízo de equidade como critério de julgamento do *writ*. Contudo, para o primeiro, a ação tem natureza substantiva, integrando o direito do particular. Já para o segundo, tem natureza processual, em que o Tribunal se limitaria a criar a regra para solucionar o caso concreto. O dispositivo do voto de ambos é, de todo modo, praticamente idêntico, pois analisa, de acordo com o princípio da congruência⁹⁹, a pretensão deduzida pelos autores.

O MI 283 e seus consectários – assim como o MI 232, estudado à frente – representam, assim, um rompimento com a interpretação restritiva acerca do princípio da separação dos Poderes adotada na QO MI 107, apontando para um posicionamento em que o Supremo confere efetividade à tutela jurisdicional. Mas, reitere-se, esse rompimento está intimamente relacionado com o posicionamento da Corte acerca da pretensão deduzida pelo particular.

3.2.3.3 MI 232, 605: imunidade tributária às pessoas jurídicas reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social

3.2.3.3.1 A supremacia da Constituição x autonomia do legislador: a Constituição cria a imunidade ou atribui o legislador a discricionariedade de fazê-lo? O importante

⁹⁸ GALVÃO, Ilmar. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 22 nov. 1992. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jun. 1992, p. 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8176>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁹⁹ O princípio da congruência cria um vínculo entre a pretensão deduzida pelo autor em juízo e o dispositivo do julgado, sendo vedado ao magistrado julgar *citra*, *extra* ou *ultra* *petita*. O artigo 2º do CPC é, normalmente, o dispositivo legal a que se faz referência como representativo do princípio em análise. **Art. 2º, CPC**. “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

debate em torno da legitimidade para a interposição do *writ* e a redefinição dos Poderes do STF para interpretar a Constituição

O artigo 195, § 7º, CF, estabeleceu que serão isentas (*rectius*, imunes) de contribuição para a seguridade social todas as entidades reconhecidas por lei como *beneficentes*. Veja-se:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

O ministro Moreira Alves, relator, entendeu que a Constituição não teria criado a isenção, mas, de outro modo, atribuído à legislação fazê-lo. Assim, somente no momento em que a lei fixasse os parâmetros para que o particular fizesse jus seria possível falar-se no benefício fiscal. Inexistindo a norma respectiva, inexistiria o direito e, consequentemente, a impetrante seria ilegítima para ajuizar o *writ*. Moreira Alves (1992)¹⁰⁰ assim se expressou:

Sucede, porém, que, no caso, o parágrafo 7º do artigo 195 não concedeu o direito de imunidade às entidades beneficentes de assistência social, direito esse que apenas não pudesse ser exercido pela falta de regulamentação, mas somente lhes outorgou a expectativa de, se vierem a atender as exigências a ser estabelecidas em lei, verão nascer, para si, o direito em causa. O que implica dizer que esse direito não nasce apenas do preenchimento da hipótese de incidência contida na norma constitucional, mas, depende, ainda, das exigências fixadas pela lei ordinária, como resulta claramente do disposto no referido parágrafo 7º [...].

Acompanharam-no os ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Néri Silveira. Coerentemente com seus posicionamentos anteriores, Marco Aurélio e Carlos Veloso divergiram do ministro relator. Interessante observar, por outro lado, o posicionamento de dois ministros que, até o momento, aderiam às razões argumentativas de Moreira Alves.

Em primeiro lugar, o ministro Celso de Mello reitera seu entendimento de que a norma sob inpectiva não gozaria de densidade normativa suficiente para gerar a incidência. Prosseguindo em sua argumentação, afirma o ministro que a *regra* positivada no artigo 195, § 7º, da Constituição, “[...] que configura complexo normativo aberto – qualifica-se, inegavelmente, como preceito constitucional de integração, a reclamar, em caráter necessário, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado”. Embora compartilhe das premissas utilizadas por Moreira Alves, diverge de suas conclusões, já que seria exatamente a

¹⁰⁰ MOREIRA ALVES. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 22 out. 2015.

não autoaplicabilidade da norma que reclamaria o cabimento do *writ*, devendo-se, pois, afastar a ilegitimidade ativa alegada pelo ministro relator.

O ministro Sepúlveda Pertence também dissenterá das conclusões do relator, especialmente porque entendia que seria necessário dotar o *writ* de posicionamento que acabasse por não esvaziá-lo. Assim, fundamentando-se em Canotilho (1994)¹⁰¹, como Celso de Mello, afirmou que a Constituição teria estabelecido o direito à imunidade, não cabendo à lei decidir sobre se ela seria devida ou não. O que está na esfera de decisão do legislador “foi a concretização dos requisitos legais adequados ao propósito da norma constitucional de tornar imune da contribuição previdenciária o que seja entidade beneficente¹⁰²”, jamais a discricionariedade em criá-la ou não.

Observa-se que o entendimento estritamente pautado no paradigma liberal de direito, defendido por Moreira Alves, vai começando a perder força, mesmo em relação àqueles ministros que, inicialmente, adotaram inteiramente as assertivas defendidas pelo decano do Tribunal. Estava em jogo, no debate travado no precedente sob análise, a interpretação do STF sobre o papel da Constituição no ordenamento jurídico: enquanto a corrente defendida por Moreira Alves desloca para o Parlamento a tarefa de estabelecer se a imunidade prevista pela Constituição seria aplicada ou não, a maioria do Tribunal (6 x 5) priorizou a normatividade/supremacia da Carta Magna – princípios que serão um dogma fundamental da atual composição do Tribunal. Veja-se, nesse sentido, o voto do ministro Célso Borja¹⁰³, comparando-o, em seguida, ao voto do ministro Sydney Sanches, que adota a posição do relator:

(Célso Borja) O § 7º do art. 195 da Constituição concede uma imunidade, e esta é, na verdade, atributo do ente privilegiado pelo constituinte. Se é esse o alcance do conceito de imunidade e se citado dispositivo constitucional torna as instituições de assistência social de caráter beneficente imunes à tributação, as autoridades administrativas não as podem tributar; e qualquer atividade administrativa com tal propósito, (sic) dá origem, claro, à proteção jurisdicional do ente imune.
[...]

Daí decorre uma consequência de ordem prática: **se o legislador, porventura, desnatura o conceito de entidade de assistência social, nasce para o prejudicado o direito à proteção judicial**. Caso contrário, não.

(Sydney Sanches) O § 7º do art. 195 da Constituição não confere a toda e qualquer entidade beneficente de assistência social a imunidade ali prevista.

¹⁰¹ Obra cuja importância até hoje é sentida no direito brasileiro, especialmente o livro *Constituição Dirigente e vinculação do legislador* da Editora Coimbra, 1994.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Voto do Ministro Célso Borja, p. 39. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 22 out. 2015.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Voto: Ministro Sepúlveda Pertence, p. 38. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 22 out. 2015.

Portanto, essas entidades, inclusive a autora, não têm ainda um direito constitucionalmente reconhecido, cujo exercício dependa de norma regulamentadora.

Na verdade, a Constituição remeteu à lei a criação do próprio direito, segundo as exigências que fizer.

Aliás, o que a lei não pode fazer é conferir a imunidade a qualquer entidade de assistência social, sem fazer qualquer exigência.

Porque o parágrafo 7º do art. 195 impõe que a lei faça exigências.

Enquanto não o fizer, não há direito da autora, cujo exercício dependa de regulamentação.

Até porque a lei poderá estabelecer exigências que ela não atende. (Grifo nosso).

Hoje, não há dúvidas de que o debate se encontra absolutamente anacrônico, já que a supremacia constitucional é tratada como um dogma intransponível: a Carta Magna cria direitos e determina ao legislador discipliná-los, não lhe atribui a discricionariedade de cumprir ou não seus mandamentos. A assertiva é tão óbvia que chega a ostentar uma natureza moral: ora, a Constituição é o fundamento da República, estando todos os demais Poderes vinculados à sua disciplina.

Contudo, considerando-se que apenas 23 (vinte e três) anos se passaram do julgamento do aresto em análise, bem como a apertada votação a favor da tese majoritária, observa-se que houve uma rápida descontinuidade sobre o tema: de uma priorização da atividade legislativa como centro da separação dos Poderes, a uma vitória apertada da prevalência do direito constitucional sobre a lei até, finalmente, construção do “dogma” da normatividade constitucional que permite ao STF, por exemplo, disciplinar as filigranas do direito de greve dos servidores públicos a partir do disposto no artigo 7º, XII, CF.

Se não há dúvidas sobre a importância do fortalecimento da Constituição como instrumento para assegurar o Estado Democrático de Direito; por outro lado, o empoderamento do STF se dá concomitantemente aos poderes que o órgão se atribui ao interpretá-la. E essa ampliação dos Poderes, no julgamento do mandado de injunção, se dá com o abandono do reiterado recurso a argumentos processuais ou do reconhecimento da não autoaplicabilidade das normas, com o objetivo de não julgar o mérito da pretensão deduzida pelo impetrante, à utilização da abstrativização como meio do exercício da jurisdição constitucional.

3.2.3.3.2 O MI 590: reserva legal, pela Constituição, não é sinônimo de criação de isenção. Contudo, trata-se de uma questão de mérito, que o STF, mais uma vez, resolve por argumentos processuais.

O MI 590¹⁰⁴ guarda semelhanças com o precedente ora analisado, muito embora as conclusões do STF tenham sido opostas. No caso, o artigo 156, § 3º, II, da Constituição atribui à lei complementar a possibilidade de criar isenções de imposto de renda nas hipóteses em que o legislador entender cabível.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

[...]

§ 3º O imposto previsto no inciso III, não exclui a incidência do imposto estadual previsto no art. 155, I, b, sobre a mesma operação (redação original revogada pela EC 37/202)

[...]

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

O impetrante sustentou, assim, que a falta de regulamentação do benefício fiscal lhe asseguraria o direito à tutela jurisdicional enquanto o Congresso Nacional permanecesse em mora.

O Supremo, contudo, entendeu que a norma sob investida, na medida em que teria delegado a lei complementar a possibilidade de excluir os fatos geradores que entender devidos da incidência do tributo, seria não autoaplicável, já que teria atribuído ao legislador discricionariedade de legislar sobre a matéria. Ou seja, o benefício não teria sido criado diretamente pela Constituição. Com efeito, não seria possível dizer, de antemão, que o impetrante seria titular da pretensão por ele deduzida e, portanto, seria ele parte *ilegítima*. Interessante notar que o Supremo, embora tenha concluído que “negaria seguimento ao pedido”, tendo aparentemente rejeitado o mérito, o julgado expressamente põe fim à relação processual pela ilegitimidade¹⁰⁵ do autor.

Há semelhanças entre o MI 232 e o 590, mas, também, importante diferença. Se no primeiro caso a Constituição exclui, diretamente, a incidência de contribuição a todas as

¹⁰⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO: SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR: LEGITIMIDADE. MANDADO DE INJUNÇÃO: INEXISTÊNCIA DE DIREITO CONCEDIDO PELA CONSTITUIÇÃO QUE ESTARIA INVIABILIZADO EM RAZÃO DE INEXISTIR NORMA INFRACONSTITUCIONAL REGULAMENTADORA. C.F., art. 5º, LXXI. I. - É legítima, sob o ponto vista constitucional, a atribuição conferida ao relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, caput, § 1º-A desde que, mediante recurso, possa a decisão ser submetida ao controle do Colegiado. Precedentes do STF. II. - O preceito constitucional invocado pela impetrante, C.F., art. 156, § 3º, II, não menciona o serviço prestado pela impetrante. A impetrante não é titular, portanto, de direito concedido pela Constituição, cujo exercício estaria inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional. III. - Negativa de trânsito ao pedido. Agravo não provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 590 AgR. Relator: Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgado em: 26 mar. 2003, **Diário de Justiça**, Brasília, 09 maio 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325466>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

¹⁰⁵ Entendimento semelhante se deu no MI 701, em que o STF, por entender que as Cooperativas não gozariam do tratamento tributário previsto na alínea “c”, do inciso III do artigo 146 da Constituição, não conheceu do writ. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 701. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em: 29 set. 2004, **Diário de Justiça**, Brasília, 04 fev. 2005, LEXSTF, v. 27, n. 315, p. 50-56, 2005.

entidades beneficentes que cumprirem os requisitos legais, no segundo ela estabelece uma reserva legal: exige que lei complementar discipline as hipóteses de isenção, incentivos e demais benefícios fiscais. Portanto, embora a matéria tenha sido resolvida pela teoria da não autoaplicabilidade das normas e da ilegitimidade ativa, o que se observa é que no primeiro caso a Constituição cria, *prima facie*, o direito. No segundo, estabelece requisitos para o Estado deferir benefícios fiscais. Não há que se falar na existência do direito. O mérito poderia ser analisado, e rejeitado, mas o recurso a questões preliminares foi a via utilizada pelo Supremo para fundamentar seu posicionamento.

3.2.3.3.3 O mérito: norma não autoaplicável permite a incidência por meio do deferimento de tutela satisfativa, e concreta, ao particular. Mais uma vez o recurso à analogia como centro da divergência.

Superada a questão da legitimidade, o STF se debruçou sobre o mérito do *writ*. Assim, como se dará em relação ao MI 283, e seus consectários, o STF estabelecerá um prazo para o suprimimento da lacuna. Ultrapassado o lapso, permitirá que o impetrante goze, desde já, da isenção (imunidade). A solução, contudo, em razão da profunda divergência em torno do entendimento da natureza do *writ* entre os ministros do STF, se deu por maioria.

O voto do ministro Moreira Alves, relator e defensor da tese majoritária, mais uma vez merece um destaque especial. Iniciou-o afirmando que era incontroversa a inexistência da lei tratando da seguridade social, a despeito da exigência, feita pelo artigo 59 do ADCT¹⁰⁶, de que ela deveria ser editada em até 180 dias da promulgação da Constituição. Com efeito, julgou procedente o *writ*, já caracterizada a mora do Congresso Nacional, e concedeu o prazo de 6 (seis) meses para que fosse sanada. Caso contrário, “vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar a requerente a gozar da imunidade requerida¹⁰⁷”.

Em seguida, votaram os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso que, coerentemente com a posição adotada até então, conheceram do *writ* e, ao dar-lhe provimento, fixaram qual seria a norma jurídica apta a suprir a lacuna constitucional, no caso. o artigo 14 do CTN. O ministro Célio Borja, seguindo a posição minoritária, observa que a aplicação do CTN para o suprimimento da lacuna fundamenta-se pela utilização da *analogia* porque, citando Savigny,

¹⁰⁶ Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 48. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 22 out. 2015.

“c’est donc par voie d’analogie que se complent les lacunes”¹⁰⁸.

Observa-se que, mais uma vez, o recurso aos métodos integrativos do ordenamento – no caso a analogia – coloca-se como um importante recurso argumentativo utilizado pela corrente minoritária e que será o pomo da discórdia no Tribunal, como se percebe do voto do Octavio Galloti. Segundo o ministro, deve-se distinguir “lacuna” de “falta de norma regulamentadora”, de que trata o artigo 5º, LXXII, da CF. Na primeira hipótese, o Judiciário poderia intervir suprimindo o “vácuo normativo”, já aplicando direito previamente criado pelo legislador. Na segunda situação, ao contrário, a atuação do juiz implicaria afronta ao princípio da separação dos Poderes¹⁰⁹. Veja-se¹¹⁰:

No caso em apreciação, Sr. Presidente, **penso que o que ocorre é, verdadeiramente, a falta de norma regulamentadora e não a simples lacuna que torno possível o emprego da analogia**. Por isso, estou acompanhando o voto do eminente Ministro MOREIRA ALVES, que abre, ao **Poder Legislativo**, o ensejo de **suprir a falta de norma regulamentadora**, em determinado prazo, editando a lei necessária.

Se estivesse convencido de que houvesse simplesmente uma lacuna, suprirel por meio de analogia, **segundo critério objetivo do magistrado, sem depender do critério subjetivo do legislador, penso que seria, então forçado a admitir que o caso não seria de mandado de injunção e sim de mandado de segurança ou outro instrumento processual, que não o mandado de injunção**. (Grifo nosso).

Relembre-se que Marco Aurélio também já adotara idêntica construção, o que deixa claro que a divergência entre as correntes se situará na configuração de cada uma das situações: enquanto a concretista individual ampliará o recurso à analogia, a não concretista a utilizará com mais parcimônia, em nome do princípio da separação dos Poderes.

Outro importante debate que anuncia a diferença entre as teorias é a crítica feita por Moreira Alves à posição minoritária capitaneada por Marco Aurélio. Segundo o ministro, ou se considera que o CTN disciplina o artigo 195, § 7º, da CF, e, no caso, não seria cabível o mandado de injunção, ou, adotando-se o voto de Marco Aurélio, admite-se que o Judiciário está legislando sobre a matéria, afrontando a competência constitucional atribuída aos Poderes políticos. Sustenta Moreira Alves (1992, p. 61), muito embora sem aprofundar sobre o tema, que ao marcar o prazo para o Congresso sanar a mora, sob pena de o particular poder gozar do direito, não estar infringindo a competência legislativa, na esteira dos precedentes da Corte a

¹⁰⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl. **Traité de Droit Romain**. Paris: F. Didot, [184?]. t. I, p. 284-285 *apud* BORJA, Célio. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Voto do Ministro Célio Borja, p. 59. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 27.

¹⁰⁹ Pede-se vênica para repetir passagem já mencionada, mas a clareza com que exprime o posicionamento adotado pela corrente não concretista, em sua divergência com a concretista individual, torna importante fazê-lo.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Voto do Ministro Octavio Galloti, p. 66. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 22 out. 2015.

partir da QO MI 107. Ele assim se manifestou¹¹¹:

No caso, em face dos votos divergentes, ou se aplica a norma do Código Tributário Nacional por estar ela em vigor, e, conseqüentemente, não há a omissão que dá margem ao mandado de injunção, ou se está legislando, **sem que a Constituição tenha dado ao Poder Judiciário competência para legislar, competência essa que, no Estado democrático, é dos Poderes Políticos – o legislativo e o Executivo –, que recebem seus mandatos pelo voto popular [...]**

A solução que dou, neste caso – o de marcar prazo para que o Congresso supra sua omissão inconstitucional, sob pena de, não o fazendo, o requerente tenha reconhecida a imunidade a que alude o § 7º do artigo 195 da Constituição sem as restrições que a lei futura poderá estabelecer, está dentro da linha de orientação tomada na referida questão de ordem, pois se trata de reconhecimento que não envolve atuação legislativa por parte desta Corte (Grifo nosso).

O que o ministro não explicitou, também, é como seria possível que uma norma não autoaplicável, que demandaria a atuação do legislador ordinário, pudesse se tornar imediatamente autoaplicável e, assim, permitir sua incidência ao caso concreto. Mais que isso, o STF, ao rejeitar a proposta de aplicação do CTN por analogia, em tese não teria se debruçado sobre a situação fática do particular para saber se ele ostentaria, realmente, a condição de entidade beneficente: *a solução para o caso se daria exclusivamente no mundo normativo*. Havendo a previsão constitucional estabelecida no artigo 195, § 6º, imediatamente faria ele jus ao benefício fiscal.

Ora, é claro que o Tribunal se debruçou sobre o caso concreto e verificou a condição da impetrante antes de deferir seu pedido e, mais uma vez, reconhecendo *prima facie* o direito ali insculpido, realizou juízo de aplicação da norma e entendeu que o demandante faria jus ao seu pedido. Assim, mesmo insistindo que não estaria criando direito, ou interferindo na atividade legislativa, é evidente que o STF promoveu efetiva tutela ao direito pleiteado pelo particular. Tutela essa satisfativa, reitere-se, já que a jurisdição lhe forneceu exatamente o pedido por ele deduzido em juízo: o gozo da imunidade. Veja-se, nesse sentido, a ementa do julgado¹¹²:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

¹¹¹ Ibid., p. 61.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 02 ago. 1991. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 mar. 1992, p. 27. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 22 out. 2015.

O instigante tema foi novamente submetido ao STF por meio dos mandados de injunção 605¹¹³, 608¹¹⁴ e 609¹¹⁵. Contudo, considerando que a União já havia disciplinado a matéria por lei ordinária, os impetrantes impugnavam não a falta de norma regulamentadora, mas a necessidade da edição de lei complementar em razão de reserva legal. O Supremo, mantendo sua jurisprudência sobre o caso, entendeu que o *writ* não seria incabível, pois não poderia ser utilizado como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

3.2.4 **Modelo III:** o não conhecimento do writ como estratégia de julgamento

3.2.4.1 **Modelo III.1.** Falta do direito enseja a extinção do writ sem análise de mérito

3.2.4.1.1 MI 420. Imunidade tributária voltada às entidades de assistência social prevista no artigo 150, VI, “c”, da Constituição: falta do direito em abstrato enseja o não conhecimento do writ, do mesmo modo como o reconhecimento do direito em concreto implicou no deferimento da tutela satisfativa, no MI 232.

Também o artigo 150, VI, “c”, da Constituição, estabelece uma imunidade que será gozada pelas pessoas jurídicas qualificadas como de assistência social. Veja-se:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das

¹¹³ Ementa: Mandado de injunção. Entidade de assistência social. Imunidade das Contribuições Sociais. ART. 195, § 7.º, da Constituição Federal. Lei n.º 9.732/98. Não cabe mandado de injunção para tornar efetivo o exercício da imunidade prevista no art. 195, § 7.º, da Carta Magna, com alegação de falta de norma regulamentadora do dispositivo, decorrente de suposta inconstitucionalidade formal da legislação ordinária que disciplinou a matéria. Impetrante carecedora da ação.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 605. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgado em: 30 ago. 2001, **Diário de Justiça**, Brasília, 28 set. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81875>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹¹⁴ EMENTA: I. Entidades de assistência social: imunidade das contribuições sociais (CF, art. 195, § 7º): arguições plausíveis de inconstitucionalidade das restrições impostas à imunidade por dispositivos da L. 9.732/98, por isso, objeto de suspensão cautelar na ADIn 2028, pendente de decisão definitiva. II. Mandado de Injunção: não se prestando sequer para suprir, no caso concreto, a omissão absoluta do legislador - tal a modéstia de suas dimensões, conforme demarcadas pelo STF, e que o Congresso vem de negar-se a ampliar - menos ainda se prestaria o malfadado instrumento do mandado de injunção a remediar os vícios de inconstitucionalidade que possa ostentar a lei editada para implementar a Constituição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 608 QO. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em: 01 jun. 2000. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 ago. 2000.

¹¹⁵ Ementa: Isenção de contribuição das entidades beneficentes de assistência social para a seguridade social (art. 195, § 7º, da Constituição). Inadmissibilidade do mandado de injunção para tornar viável o exercício desse direito, por não se tratar da falta de norma regulamentadora, mas da arguição de inconstitucionalidade de normas já existentes, causa de pedir incompatível com o uso do instrumento processual previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 609. Agravo Regimental. Relator: Min. Octavio Gallotti. Tribunal Pleno. Julgado em: 01 jun. 2000. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 set. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325469>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

A Irmandade de Santa Cruz dos militares impetrou o *writ* com o objetivo de que o STF lhe viabilizasse o gozo do direito ali insculpido. O relator, ministro Marco Aurélio, adotando posicionamento divergente da maioria, defende a aplicação dos critérios exigidos pelo artigo 14 do CTN para se caracterizar, ou não, a entidade como beneficente.

Apesar de se utilizar de uma fundamentação não acolhida pela maioria do Tribunal, a conclusão do acórdão se deu por unanimidade: foi reconhecida a falta de interesse de agir da parte. No caso, a Irmandade Santa Cruz dispunha de mais de 500 (quinhentos) imóveis em sua propriedade, todos colocados à locação e, portanto, desvinculados da atividade-fim da entidade – exigência feita pelo artigo 14 do Código Tributário Nacional. Assim, concluiu o ministro relator:

Resta o **exame do interesse de agir considerando** o disposto na Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, ou seja, no **Código Tributário Nacional**. No tocante às instituições de assistência social, a alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Carta em vigor repete o que contido em idêntica alínea do inciso III do artigo 19 da Carta pretérita. Logo, não se pode dizer, a esta altura, da inexistência de lei a inviabilizar o exercício do direito assegurado constitucionalmente. **O artigo 14 do Código Tributário consigna os requisitos indispensáveis a que as entidades filantrópicas gozem da imunidade tributária.** Dentre eles está a ausência de distribuição de qualquer parcela do respectivo patrimônio ou de rendas ou de lucro ou participação no resultado, aplicação integral no país dos recursos na manutenção dos objetivos institucionais e a manutenção das receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar a exatidão. O dispositivo também junte o benefício aos serviços voltados aos objetivos institucionais da entidade - § 2º. **Portanto, carece o impetrante desse mandado de injunção**, valendo ressaltar a notícia nos autos de que já impetrou, perante o órgão competente, mandado de segurança contra o ato da municipalidade do Rio de Janeiro, no que voltado à cobrança do Imposto Predial, Territorial e Urbano. Declaro-a carecedora de impetração.

Observa-se que Marco Aurélio, após estabelecer quais seriam os requisitos previstos pelo artigo 14 para que uma entidade gozasse da imunidade, não chega a fazer a *subsunção* ao caso concreto. Conclui “diretamente” pela carência da ação. Contudo, não há dúvidas de que é a análise da situação fática que o leva a não conhecer da ação. Não por acaso faz questão de ressaltar, no relatório, que a pessoa jurídica dispõe de mais de 500 imóveis e, obviamente, é difícil imaginar que uma efetiva filantropia se faça com tamanho patrimônio.

Mais uma vez, o STF confunde o juízo de mérito, em que se debruça sobre a pretensão deduzida pelo autor, com o de admissibilidade, em que analisa a presença dos requisitos de validade do processo e as condições da ação. O fato de a impetrante não se caracterizar como entidade filantrópica faz com que ela não faça jus o direito pleiteado, não que ela seja carente de ação.

Repare que as conclusões do STF são opostas àquelas do MI 232, em que permitiu que a impetrante gozasse diretamente da imunidade por ela reconhecida pelo artigo 195, § 7º. Ora, em ambos os casos, a Constituição reconhece, em abstrato, o benefício fiscal à pessoa cuja natureza seja de assistência social. A diferença, portanto, muito embora o tema seja praticamente omitido, se dá no exame do caso concreto: em um, entende a Corte que a impetrante faz jus ao direito, por cumprir exigências legais. No outro, não. Reconhece, em ambos, o direito *prima facie*, mas é o juízo de aplicação da norma que condiciona a decisão. O argumento processual mostra-se como um instrumento argumentativo, uma bengala, mas não mostra as reais razões de decidir.

3.2.4.1.2 O Supremo e a disciplina de precatórios. Uma análise comparativa entre o MI 168-5 e a ADI 445 para: a) reiterar a influência do posicionamento da Corte sobre o mérito da pretensão nas hipóteses em que se utiliza de argumentos processuais para extinguir o *writ*; b) demonstrar a rápida alteração sobre os poderes que o STF se reconhece no exercício da jurisdição e o papel de uma específica interpretação principiológica nesse trajeto

O artigo 33 do ADCT disciplinou o meio pelo qual as pessoas jurídicas de direito público deveriam adimplir os precatórios pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição. Segundo o dispositivo, competiria ao Executivo, no prazo máximo de 180 dias, disciplinar a forma pelo qual seria despendido esse valor que, por sua vez, também deveria ser pago no prazo de 180 dias. Veja-se:

Art. 33, ADCT. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição. (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.

Com base nesse dispositivo, um titular de crédito com a União ajuizou o MI 168-5, pretendendo que seu precatório fosse imediatamente pago, uma vez que não teria sido editada pelo Presidente da República, no prazo de 180 dias, a norma exigida pela Constituição.

O STF, contudo, foi enfático. Afirmou que o Judiciário não poderia se imiscuir na tarefa legislativa, afeta aos poderes políticos. Assim, sequer conheceu do *writ*. Confira-se a

ementa do MI 168¹¹⁶:

MANDADO DE INJUNÇÃO. NATUREZA. O MANDADO DE INJUNÇÃO NEM AUTORIZA O JUDICIÁRIO A SUPRIR A OMISSÃO LEGISLATIVA OU REGULAMENTAR, EDITANDO O ATO NORMATIVO OMITIDO, NEM, MENOS AINDA, LHE PERMITE ORDENAR, DE IMEDIATO, ATO CONCRETO DE SATISFAÇÃO DO DIREITO RECLAMADO: MAS, NO PEDIDO, POSTO QUE DE ATENDIMENTO IMPOSSÍVEL, PARA QUE O TRIBUNAL O FAÇA, SE CONTEM O PEDIDO DE ATENDIMENTO POSSÍVEL PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO NORMATIVA, COM CIÊNCIA AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA QUE A SUPRA. CRÉDITOS JUDICIAIS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: PAGAMENTO PARCELADO (ADCT, ART. 33): FACULDADE DO PODER EXECUTIVO. O ART. 33 DO ADCT DE 1988 NÃO OUTORGOU DIREITO AO CREDOR DA FAZENDA PÚBLICA AO PAGAMENTO PARCELADO NELE PREVISTO, AO CONTRÁRIO, COMO FACULDADE DO PODER EXECUTIVO COMPETENTE, EXTINTA COM O TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE 180 DIAS SEM DECISÃO A RESPEITO; A OMISSÃO DELA, POR CONSEQUENTE, NÃO DA MARGEM A MANDADO DE INJUNÇÃO (Grifo nosso).

Compare-se, agora, com o entendimento adotado pela formação atual da Corte analisando o mesmo problema, ou seja, a disciplina do pagamento de precatórios. Nos autos da ADI 4425¹¹⁷, discutiu-se a criação do regime de compensação criado pela Emenda

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 168. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em: 21 mar. 1990. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 abr. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81753>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹¹⁷ Ementa: Direito constitucional. Regime de execução da fazenda pública mediante precatório. Emenda constitucional nº 62/2009. Inconstitucionalidade formal não configurada. Inexistência de interstício constitucional mínimo entre os dois turnos de votação de emendas à lei maior (CF, art. 60, §2º). Constitucionalidade da sistemática de “superpreferência” a credores de verbas alimentícias quando idosos ou portadores de doença grave. Respeito à dignidade da pessoa humana e à proporcionalidade. Invalidez jurídico-constitucional da limitação da preferência a idosos que completem 60 (sessenta) anos até a expedição do precatório. Discriminação arbitrária e violação à isonomia (CF, art. 5º, caput). Inconstitucionalidade da sistemática de compensação de débitos inscritos em precatórios em proveito exclusivo da fazenda pública. Embaraço à efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeito à coisa julgada material (CF, art. 5º XXXVI), ofensa à separação dos poderes (CF, art. 2º) e ultraje à isonomia entre o estado e o particular (CF, art. 1º, caput, c/c art. 5º, caput). Impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária. Violação ao direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Inadequação manifesta entre meios e fins. Inconstitucionalidade da utilização do rendimento da caderneta de poupança como índice definidor dos juros moratórios dos créditos inscritos em precatórios, quando oriundos de relações jurídico-tributárias. Discriminação arbitrária e violação à isonomia entre devedor público e devedor privado (CF, art. 5º, caput). Inconstitucionalidade do regime especial de pagamento. Ofensa à cláusula constitucional do estado de direito (CF, art. 1º, caput), ao princípio da separação de poderes (CF, art. 2º), ao postulado da isonomia (CF, art. 5º, caput), à garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, xxxv) e ao direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Pedido julgado procedente em parte.

[...]

3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, caput) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento. 4. O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF,

Constitucional 62 que, de forma absolutamente razoável, instituía a prerrogativa da Fazenda de compensar seus créditos em face dos valores a ela demandados por particulares. Assim, se o particular obtivesse uma sentença favorável em face do Poder Público lhe assegurando o direito a R\$ 1.000,00 (mil reais), caso ele deva R\$ 500,00 ao fisco, será possível à Fazenda compensar essa quantia.

A previsão mostrava-se absolutamente razoável e evitaria o ajuizamento de incontáveis ações, bem como faria retornar aos cofres do Estado o valor que os credores estão de fato devendo ao Estado e, portanto, ao menos em tese, a toda sociedade. O procedimento em que a compensação se dava era extremamente célere, não trazendo qualquer dano à efetivação do direito do particular, bem como era controlado por um magistrado e pelo advogado do autor. Por outro lado, seria um reforço fundamental à execução fiscal, procedimento que, hoje, não é capaz de retornar aos cofres públicos mais de 10 a 15% dos valores inadimplidos pelos devedores da Fazenda. Contudo, em nome dos princípios da independência dos Poderes – agora interpretado de maneira radicalmente oposta –, da isonomia, da coisa julgada material, do embaraço à efetivação da justiça, entre outros, o Supremo decidiu, *à luz da proporcionalidade*, invalidar o regime de compensação.

Pois bem. Em primeiro lugar, começando pelo mais óbvio, mais uma vez está claramente demonstrado que não há uma “ontologia” acerca dos limites da jurisdição. Ademais, a radical mudança operada pelo Supremo para debater o mesmo tema mostra não apenas como os limites do exercício da jurisdição se alteraram como, principalmente, a importância que o recurso a uma *determinada* argumentação principiológica cumpre nessa ampliação de poderes do Judiciário.

A *forma* com que argumentos principiológicos são adotados, embora façam referência ao mundo jurídico, opera claramente na esfera política, em evidente discurso de *justificação*, que até então caracterizaria a atividade Parlamentar. *Desvinculada do caso concreto*, a proporcionalidade é o *método* utilizado para neutralizar a redefinição de papéis do STF, que decide claramente não sobre o direito das partes envolvidas, mas sobre como articular os diferentes *interesses* em jogo.

As discontinuidades da ADI 4425 com o MI 168 são radicais, na mesma medida do que ocorre relação ao MI 107 e o 670. Enquanto, fundado no paradigma liberal, o Supremo

art. 1º, caput). [...]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425. Relator: Min. Ayres Britto, Relator para o Acórdão: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em: 14 mar. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 251, 19 dez. 2013. Vide, também, a ADI 4425 QO. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em: 25 mar. 2015, que analisou a modulação dos efeitos da decisão em análise.

não conhece da ação (MI 168) em razão das limitações que lhe impõe o princípio da separação dos Poderes, na ADI 4425, pautado no *abstrativismo*, a Corte entende que disciplinar as minúcias das regras estabelecidas pelo Congresso para o pagamento dos precatórios encontra-se na esfera de suas atribuições.

Retornando à discussão do presente tópico, observa-se que a utilização de argumento processual para extinguir um processo com base no posicionamento da Corte sobre o mérito da pretensão é observada, também, no MI 188¹¹⁸. No caso, os procuradores autárquicos ajuizaram mandado de injunção objetivando obrigar a sua inclusão – das Procuradorias Federais¹¹⁹ – na Advocacia-Geral da União, no momento em que fosse criado do órgão. O Tribunal, contudo, por entender que a Constituição não asseguraria tal prerrogativa aos requerentes, extinguiu a ação por ilegitimidade. Mas é fundamental ressaltar: o argumento da falta de condição da ação foi reconhecido porque o STF manifestara contrariamente à existência do direito em abstrato dos requerentes, como expressamente reconhecido pelo relator, ministro Sepúlveda:

Mandado de injunção. Condições da ação. **Ilegitimidade "ad causam"**. Suposta provisoriamente a veracidade dos fatos alegados pelo autor, a existência "em abstrato e em hipótese", do direito, afirmado como suporte da pretensão de mérito ou de relação jurídica prejudicial dele, ainda se comporta na questão preliminar da legitimação ativa para a causa: carece, pois, de legitimação "ad causam", no mandado de injunção, aquele a quem, ainda que aceita provisoriamente a situação de fato alegada, a Constituição não outorgou o direito subjetivo cujo exercício se diz inviabilizado pela omissão de norma regulamentadora. Advocacia - Geral da União. Procuradores Autárquicos federais. A Constituição não conferiu aos procuradores das autarquias federais direito subjetivo à integração no futuro quadro de advogados da Advocacia-Geral da União

Nesse exato sentido, já em 2002, o STF não conheceu o MI 582. No caso, oficiais temporários da reserva não remunerada do exército ajuizaram o *writ* com o objetivo de gozar dos direitos previstos pelo artigo 142, § 3º, I a IV, da Constituição¹²⁰, na redação dada pela EC

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 188. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em: 11 jun. 1990. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 fev. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81755>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹¹⁹ O mesmo entendimento foi mantido em relação aos assistentes jurídicos. Veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 304. Agravo Regimental. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 17 jun. 1993. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 ago. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325441>>. Acesso em: 29 out. 2015.

¹²⁰ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

18, de 1998. Contudo, reconheceu o ministro relator Sydney Sanches, na ementa do julgado¹²¹, que os impetrantes não gozariam do direito:

[...] **a Constituição Federal não outorga aos impetrantes**, Oficiais Temporários da Reserva não Remunerada do Exército Brasileiro, **os direitos, que sustentam**, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora, a ser elaborada pela Presidência da República ou por sua iniciativa” (Grifo nosso).

Com efeito, mais uma vez, a conclusão do julgado acerca da impossibilidade jurídica do pedido decorre, inexoravelmente, do juízo de adequação entre o caso concreto e a norma em abstrato. Há, necessariamente, a análise do pedido deduzido em juízo contraposto com a hipótese normativa sob a qual se fundaria a pretensão. A negativa do direito por meio de um argumento processual, contudo, não pode ser tratada apenas de um equívoco técnico ou pela inadequação da teoria da ação desenvolvida por Liebeman. O posicionamento está inserido em um momento histórico cuja pré-compreensão da Corte acerca de suas atribuições à luz do princípio da separação dos Poderes lhe impõe uma série de limitações.

E, fundamentalmente, *a prática do STF explicita que regra não se autoaplica, tampouco condiciona, desvinculado de sua aplicação ao caso concreto, qual o direito da parte. Mesmo que se utilize de uma teoria jurídica que pretenda abstrair a relação necessária entre facticidade e validade, o STF em todas as hipóteses que extinguiu o processo sem análise do mérito o fez realizando o juízo de aplicação e concluindo que a parte não teria*

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

III - O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

¹²¹ EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO, IMPETRADO POR EX-OFICIAIS TEMPORÁRIOS DA RESERVA NÃO REMUNERADA DO EXÉRCITO, PARA QUE LHES SEJAM ASSEGURADOS OS DIREITOS PREVISTOS NO ART. 142, § 3º, INCISOS I A IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COM A REDAÇÃO DADA PELA E.C. Nº 18, DE 1998. 1. Como demonstraram as informações presidenciais e o parecer da Procuradoria-Geral da República, a Constituição Federal não outorga aos impetrantes, Oficiais Temporários da Reserva não Remunerada do Exército Brasileiro, os direitos, que sustentam, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora, a ser elaborada pela Presidência da República ou por sua iniciativa. 2. A legislação, que lhes diz respeito, existe, está em vigor. E se lhes parece injusta ou inconstitucional, não é o Mandado de Injunção o instrumento adequado à obtenção de tratamento mais justo, nem pode ter por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. 3. Mandado de Injunção não conhecido, por impossibilidade jurídica do pedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 582, Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em 28 ago. 2002, **Diário de Justiça**, Brasília, 28 fev. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81867>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

direito.

A utilização retórica de argumentos processuais ou de teorias jurídicas que não condizem com a prática não é problemática apenas sobre o ponto de vista de uma ciência do direito. Mais que isso, ela enfraquece a relação que se estabelece entre direito e política, na medida em que o processo de justificação das decisões judiciais é comprometido. Não se trata propriamente da norma não gozar de densidade suficiente para incidir, ou não, já que, como demonstrado, hipóteses em que a norma é clara deixaram de ser aplicadas e em outras em que haveria dúvida sobre seu suporte fático, ainda assim, disciplinaram o caso concreto. O que está em jogo é que a justificação de uma determinada fórmula de direito tem como escopo proteger uma específica fórmula de política sem que isso se coloque de forma minimamente clara.

E, no caso do mandado de injunção, essa relação é ainda mais evidente, já que a vontade política que o Supremo Tribunal Federal sustenta preservar foi, na verdade, claramente afrontada. Ora, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, certamente o momento mais democrático da história brasileira, considerando-se a amplitude da participação das mais diversas parcelas da sociedade na esfera pública, não deixou dúvidas acerca dos efeitos que pretendeu conferir ao *writ* ou à fixação dos juros no patamar de 12%, por exemplo. Contudo, a intervenção do Supremo Tribunal Federal se deu com o evidente objetivo de limitar essa vontade política.

Obviamente não se está aqui advogando a tese do retorno à interpretação da vontade do legislador. O que se pretende demonstrar, ao contrário, é que o discurso subjacente à teoria do direito aplicada durante toda a década de 90, de proteção da esfera política e das decisões tomadas conforme os auspícios da vontade democrática, se mostra falaciosa: há uma seletividade inexpugnável em relação a “qual” política será privilegiada. Em outros termos, a tentativa constante de fazer com que o “direito não substitua a política” não diz respeito a toda e qualquer política, mas àquela intimamente relacionada a um determinado papel que o Estado deveria cumprir no desenvolvimento social – no caso, o Estado socialmente irresponsável.

3.2.4.2 **Modelo III.2** O Supremo analisa o mérito, o rejeita, mas utiliza-se de argumentos processuais para julgar o *writ*

Os precedentes deste tópico não se confundem com as situações descritas no “Modelo III.1”, pois, ali, o STF nitidamente confunde mérito com questões preliminares. A Corte claramente analisa o mérito, o rejeita, mas extingue o feito por razões vinculadas às condições

da ação ou aos pressupostos processuais. Aqui, o que se observa é uma valorização das questões processuais em detrimento da análise de mérito, evidenciando o paradigma em que se insere o exercício da jurisdição constitucional, marcado pela pouca efetividade dos pronunciamentos do Supremo.

Sobre essas situações limítrofes, importante traçar breve comentário. Como leciona Cappelletti (1984), a rígida distinção entre a autonomia da ação e processo em relação ao direito material deduzido em juízo foi uma característica marcante do século XX, como decorrência especialmente da repercussão da obra de Bülow – publicada na segunda metade do século XIX (1868). Se a sistematização da relação processual como uma relação jurídica distinta daquela disciplinada pelo direito material redefiniu a teoria do direito, o excessivo apego às normas instrumentais mostrou-se uma inversão de valores, já que danoso à efetividade do próprio direito material – razão de ser do processo.

A alteração desse paradigma, com vistas à valorização da efetividade da prestação jurisdicional, se pensada na doutrina desde muito tempo, foi se estabelecendo pouco a pouco na jurisprudência do STF que, hoje, afirma peremptoriamente o caráter instrumental do direito processual¹²².

Assim, se é verdade que o sistema de nulidades do Código de Processo Civil está positivado desde 1973, observa-se uma progressiva prática jurisprudencial em que a instrumentalidade do processo vai ganhando corpo. No âmbito dos Tribunais Superiores, essa alteração pode ser observada, e.g.: a) no afastamento da exigência de prequestionamento para o julgamento de agravo em recurso extraordinário no qual se analisará a constitucionalidade de norma¹²³; b) na vedação, pelo STJ e STF, à desistência de recurso extraordinário submetido

¹²² Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO QUE NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE DO PROCESSO. BOA-FÉ EXIGIDA DO ESTADO-JUIZ. DOUTRINA. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. 1. A doutrina moderna ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 2. “A forma, se imposta rigidamente, sem dúvidas conduz ao perigo do arbítrio das leis, nos moldes do velho brocardo *dura lex, sed lex*” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa. Org. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 76).

[...]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101132 ED. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em: 24 abr. 2012, RT, v. 101, n. 922, p. 719-725, 2012. Grifo nosso.

¹²³ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART.

ao rito dos recursos repetitivos¹²⁴; c) na superação da tese do recurso prematuro, que vedava o conhecimento de recurso oposto antes da publicação do acórdão¹²⁵; d) no próprio mandado de injunção, em que os julgamentos pós-2007 afastaram-se da extinção do feito utilizando-se de questões ligadas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

No presente tópico, observa-se, diferentemente do apresentado no “Modelo 3”, que a extinção do processo pelo reconhecimento de questões processuais encontra algum fundamento, não tendo a Suprema Corte as enfrentado *simplesmente* a partir de seu entendimento sobre o mérito do processo – muito embora essa influência seja incontestável. Contudo, seria amplamente possível a superação do rigorismo técnico-processual para adentrar na pretensão deduzida pelo particular.

Desde já, deve-se ressaltar que não se desconhece, por outro lado, uma continuidade fundamental na jurisprudência do Supremo: a utilização de questões processuais como barreira para a seleção de quais causas serão por ele analisadas. A diferença, contudo, será qualitativa: na tentativa de diminuir o número de processos no STF, racionalizando seus julgamentos, haverá uma prevalência das grandes questões constitucionais, especialmente nas hipóteses em que seja possível o proferimento de decisões com caráter abstrativista –

7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 375011/RS - Rio Grande do Sul Ag.Reg. no Agravo de Instrumento. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 05 out. 2004. Órgão Julgador: Segunda Turma.

¹²⁴ RECURSO REPETITIVO. DESISTÊNCIA. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que, submetido o recurso ao disposto na Resolução n. 8/2008-STJ e no art. 543-C do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 11.672/2008 (recurso repetitivo), não há como ser deferido pedido de desistência. Admitiu-se que, quando submetido o recurso ao regime daquela legislação, surge o interesse público ditado pela necessidade de uma pronta resolução da causa representativa de inúmeras outras, interesse esse que não se submete à vontade das partes. O Min. João Otávio de Noronha (vencido) entendia possível acolher a desistência, visto que é a lei quem a garante, além do fato de que a desistência, de acordo com a doutrina, é ato unilateral. Outros Ministros ficaram vencidos em parte, por entenderem diferir a análise da desistência para depois do julgamento da questão de direito tida por idêntica, garantindo, assim, a produção dos efeitos previstos no § 7º do art. 543-C do CPC, solução que, segundo essa linha, atenderia tanto ao interesse público quanto ao das partes. Destarte, os autos retornaram à Segunda Seção para o julgamento do recurso repetitivo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. QO no REsp 1.063.343-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgada em: 17 dez. 2008.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101132 ED. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em: 24 abr. 2012. Acórdão Eletrônico. **DJe**, 21 maio 2012, RT, v. 101, n. 922, p. 719-725, 2012.

diferindo-se, portanto, das hipóteses ora estudadas.

Pois bem. No MI-MC 235126, militares impetraram o *writ* com o objetivo de assegurar o direito à estabilidade previsto no § 9º do artigo 42, da Constituição Federal (originária). O STF, contudo, entendeu que o dispositivo somente se aplicava aos servidores civis e, assim, não conheceu da ação – ao invés de analisar o seu mérito e rejeitar a pretensão, em razão da ausência do direito pleiteado.

Servidores da Escola Superior de Agricultura de Lavras pretenderam obter, no STF, o direito à aposentadoria especial que, segundo o disposto no § 1º do artigo 40 da Constituição originária¹²⁷, poderia ser criado por lei ordinária. O Supremo, contudo, entendeu que a norma criaria meramente uma faculdade ao legislador ordinário, não uma imposição¹²⁸. Assim, mantendo seu entendimento que não seria cabível o *writ* na hipótese em que a Constituição não cria o direito, mas somente a possibilidade do legislador fazê-lo, não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Observa-se que a situação é distinta daquela enfrentada no MI 232, em que se discutiu o direito à imunidade tributária conferida pela Constituição às entidades beneficentes. Naquele caso, a Constituição instituíra efetivamente o benefício fiscal. Neste, permitia

¹²⁶ ESTABILIDADE - SERVIDOR MILITAR. A norma inserta no artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias não beneficia o servidor público militar. Quanto ao par. 9. do artigo 42 do corpo Constitucionais permanente da Carta, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mandado de injunção n. 235-5, cuja ementa foi publicada no Diário de Justiça de 12 de março de 1993, concluiu, por maioria, que nele não se tem assegurado, em si, o direito a estabilidade. Daí não haver sequer conhecido o pedido formulado na injunção, oportunidade na qual fiquei vencido.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 141621. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em: 08 fev. 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 jun. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208894>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

Também nesse sentido: MI 592 AgR, Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em: 04 mar. 2004, **Diário de Justiça**, Brasília, 30 abr. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2025390>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

¹²⁷ Art. 40. O servidor será aposentado:

[...]

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. [...].

¹²⁸ EMENTA: - Direito Constitucional e Processual Civil. Mandado de Injunção. Servidores autárquicos. Escola Superior de Agricultura de Lavras - ESAL (autarquia federal sediada em Lavras, Minas Gerais). Aposentadoria especial. Atividades insalubres. Artigos 5., inc. LXXI, e 40, par. 1., da Constituição Federal. 1. **O par. 1. do art. 40 da C.F. apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.** 2. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, **não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora.** 3. **Descabimento do Mandado de Injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido**, em face do disposto no inc. LXXI do art. 5. da C.F., segundo o qual somente e de ser concedido mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, a soberania e a cidadania. 4. Mandado de Injunção não conhecido. Votação unânime. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 444 QO. Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em: 29 set. 1994, **Diário de Justiça**, Brasília, 04 nov. 1994, RTJ, v. 158, p. 6.

(dispositivo revogado) que lei criasse um regime diferenciado de aposentadoria aos trabalhadores em regime especial, sem, efetivamente, fazê-lo. Muito embora seja justificável o não conhecimento do *writ* em razão da aplicação de uma das condições da ação, a partir da teoria de Liebman, observa-se que sua aplicação pressupõe a análise da pretensão autoral. Ou melhor, poderia ter sido suplantada a questão processual para denegar o direito pretendido pelos autores, que não gozariam do direito à estabilidade pretendida. Ora, como há muito levantado por processualistas das mais distintas matizes, o Supremo, para reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido necessariamente analisa o mérito do processo.

Já no MI 468, servidores inativos buscaram o reconhecimento do direito previsto pelo artigo 220 da Lei 8.112/90, redação original¹²⁹, que estabelecia que a prestação da assistência à saúde dos servidores ativos e aposentados, e de suas famílias, seria feita diretamente pelo órgão no qual estivessem vinculados – o que, na prática, dificultaria sobremaneira a organização dos serviços, praticamente o inviabilizando. O STF, contudo, não conheceu do *writ*, em razão da ilegitimidade passiva da União em figurar na demanda, bem como pela impugnação se fazer em relação à norma que não ostenta natureza constitucional¹³⁰.

A previsão constitucional sobre a obrigatoriedade da revisão anual de vencimentos dos servidores públicos também foi objeto de impugnação por meio do mandado de injunção, de n. 641¹³¹, já em 2002. Apesar da inexistência de lei disciplinando a matéria, o STF se contentou com o encaminhamento da Mensagem do Presidente da República, de n. 935/2001, para o Congresso Nacional, contendo o projeto respectivo. Assim, não conheceu da ação por ausência de omissão.

¹²⁹ Art. 230, Lei 8.212/90. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família, compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, prestada pelo Sistema Único de Saúde ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio, na forma estabelecida em regulamento.

¹³⁰ EMENTA: Mandado de Injunção. 2. Impetrado contra a União Federal. 3. Na Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 2-6-DF, o STF decidiu que não se lhe prevê competência para processar e julgar mandado de injunção contra a União Federal e não se pode sequer dizer se a petição inicial preenche ou não os requisitos de um pedido de mandado de injunção. 4. Precedente, também, no Mandado de Injunção nº 113-8-DF. 5. Mandado de Injunção não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 468. Relator: Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em: 18 out. 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 06 jun. 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81824>>. Acesso em: 05 nov. 2015. Também nesse sentido: MI 468, Relator: Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em 18 out. 1995, **Diário de Justiça**, Brasília, 06 jun. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81824>>. Acesso 7 nov. 2015.

¹³¹ EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. PERDA DE OBJETO. IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA OBJETIVADA PELO IMPETRANTE. Tendo o Presidente da República enviado ao Congresso Nacional projeto de lei acerca da revisão geral de remuneração dos servidores da União, medida pleiteada no *writ*, evidente o esvaziamento da impetração, que resta prejudicada. Agravo regimental desprovido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 641. AgR, Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgado em 20 fev. 2002, **Diário de Justiça**, Brasília, 05 abr. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369784>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

Também a fixação dos subsídios do ministro do STF¹³², teto do serviço público federal, foi deduzida em sede de MI no STF, já no ano de 2004. Tratou-se de precedente em que, depois de muitos anos, a Corte voltou a se questionar e a debater a natureza e os efeitos do *writ*, bem como sobre qual a solução possível para a impetração. A grande dificuldade derivou da iniciativa de lei que deveria estabelecer o teto, que fora conferida, pela EC 19, aos chefes dos 3 (três) Poderes. A saída para o intrincado caso foi aquela reiteradamente utilizada pela Corte: o argumento processual, mais especificamente, a legitimidade (ativa e passiva).

Outros temas tratados em sede de MI envolvendo servidores públicos foram o suposto direito de empregados da Rede Ferroviária S/A em serem investido em cargos na empresa¹³³; a pretensão de estruturação da carreira de Policial Ferroviário Federal¹³⁴; o direito à contagem recíproca de prazo trabalhado para a aposentadoria no regime geral e próprio¹³⁵. Em todas as hipóteses, o STF extinguiu o processo sem análise do mérito.

O objeto do Agravo Regimental no MI 595-4¹³⁶, embora demonstre a irresignação de

¹³² EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. NÃO-CONHECIMENTO. Ilegitimidade passiva. Superveniência da Emenda Constitucional 41/2004. Alteração da competência para iniciativa de lei sobre a fixação do subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Ilegitimidade passiva do presidente do Senado, do presidente da Câmara dos Deputados e do presidente da República. Ilegitimidade ativa. Inexistência na Constituição federal de norma outorgando direito ou benefício ao impetrante. Mandado de injunção não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 685, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 13 out. 2004, **Diário de Justiça**, Brasília, 19 ago. 2005, LEXSTF v. 27, n. 321, p. 139-154, 2005). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81886>>. Acesso: 12 nov. 2015.

¹³³ EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. REGULAMENTAÇÃO DO ART. 144, § 3.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMPREGADOS DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A ENSEJAR A IMPETRAÇÃO. A previsão constitucional da criação da Polícia Ferroviária Federal, pelo dispositivo sob enfoque, não implica o direito dos mencionados empregados a serem investidos nos cargos de tal carreira, simplesmente por desenvolverem atividades similares às que serão atribuídas aos policiais ferroviários federais. Situação em que não se evidencia direito cujo exercício esteja sendo obstado por falta de regulamentação. Mandado não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 545. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgado em: 24 abr. 2002, **Diário de Justiça**, Brasília, 02 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81864>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

¹³⁴ EMENTA:- Mandado de injunção. Regulamentação do art. 144, inciso III, e art. 144, § 3º, da Constituição Federal, no que tange à necessidade de estruturação da carreira de Policial Ferroviário Federal. 2. Interessados não detêm condições de titulares de cargo público no exercício de funções policiais ferroviários. 3. Falta de legitimidade ativa ad causam dos associados do suplicante. 4. Mandado de injunção não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 627. Relator: Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em: 22 abr. 2002, **Diário de Justiça**, Brasília, 21 jun. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81881>>. Acesso em 11 nov. 2015.

¹³⁵ EMENTA: Constitucional. Mandado de Injunção: CF, art. 202, § 2º: adimplemento da norma constitucional. I. - Com a edição da Lei nº 9.796, de 05.5.99, ficou sem objeto o mandado de injunção. II. - M.I. julgado prejudicado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 475, Relator: Min. Néri Da Silveira. Relator p/ Acórdão: Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgado em: 17 abr. 2002, **Diário de Justiça**, Brasília, 28 jun. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81828>>. Acesso 11 nov. 2015.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 595 AgR. Relator: Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgado em: 17 mar. 1999, **Diário de Justiça**, Brasília, 23 abr. 1999, RTJ v. 169, p. 445). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325468>. Acesso em: 8 nov. 2015.

apenas um impetrante, já que seu objeto não foi reiterado em outras ações, interessa de perto a esta dissertação. Pretendeu o autor que o Supremo Tribunal atualizasse seu regimento interno, bem como voltasse a editar súmulas de sua jurisprudência, já que a falta de cumprimento às decisões da Corte embaralhava o exercício de sua advocacia e o exercício da cidadania. O STF, contudo, não conheceu da ação, por ilegitimidade, já que o demandante não seria o titular do direito deduzido em juízo.

Até mesmo o processo criminal foi objeto de mandado de injunção¹³⁷. No caso, juiz de direito, defendendo a existência do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, demandou que fosse reconhecida e suprida a mora do Congresso para regulamentar o exercício do mencionado direito nas hipóteses em que seja réu titular de foro privilegiado em ação penal. O STF, contudo, não conheceu do *writ*, por entender que não há afronta à Constituição a não previsão de recurso quando a autoridade é julgada por apenas uma instância – que será necessariamente colegiada.

O ministro Gilmar Mendes, protagonista da alteração jurisprudencial ocorrida em 2007, foi o relator do MI 589¹³⁸, em que empresa de informática pleiteou que o Tribunal Superior Eleitoral elaborasse norma disciplinando os chamados simuladores de urnas eletrônicas. Ancorando-se em remansosa jurisprudência da Corte, entendeu Mendes que a Constituição não teria instituído qualquer obrigação de legislar sobre a matéria e, conseqüentemente, não haveria que se falar em lacuna técnica, requisito fundamental para o conhecimento do *writ*.

3.2.4.3 Hipóteses em que haveria razão efetiva para a extinção do *writ* por questões processuais. Contudo, novamente, seria possível à Corte superá-las.

A situação que provavelmente mais bem caracteriza a situação em análise, em que o STF extinguiu o processo sem a análise do mérito por questões que, realmente, a impediriam, é a superveniência de norma regulamentadora do *writ*.

¹³⁷ EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ARTS. 5º, LIV E 96, III DA CF. EXAME DA CAUSA PELO ÓRGÃO COLEGIADO. INTENTA RECONHECIMENTO AO DIREITO DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PRECEDENTES. MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 635 QO. Relator: Min. Nelson Jobim. Tribunal Pleno, Julgado em: 29 jun. 2001, **Diário de Justiça**, Brasília, 25 out. 2002. RTJ, v. 185, p. 88). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81921>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

¹³⁸ EMENTA: Mandado de injunção. 2. Tribunal Superior Eleitoral. 3. Norma reguladora para o direito de uso dos simuladores de urnas eletrônicas. 4. Ausência de lacuna técnica. 5. Precedente. 6. Inadmissibilidade da ação. 7. Mandado de injunção não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 589. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 15 maio 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 jun. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81872>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

É o que se deu, por exemplo, em relação a trabalhadores rurais que demandaram, antes da Lei 8.213/91, o reconhecimento ao direito à aposentadoria especial prevista pelo artigo 202 da Constituição¹³⁹. O Tribunal entendeu que o pedido deduzido restara prejudicado, em razão da superveniência da Lei 8.213/91¹⁴⁰ que disciplinou a matéria.

Em outro precedente, foi demandado o reconhecimento da mora relativa à disciplina da substituição tributária do ICMS, conforme previsto no artigo 155, § 2º, XII, “b” da Constituição Federal. O STF, contudo, mantendo-se coerente em relação às hipóteses em que normatização superior é editada após o ajuizamento do *writ*, não conhece da ação¹⁴¹.

Também o MI 593¹⁴² foi considerado prejudicado, mas agora pela revogação da norma constitucional apontada pela impetrante como não disciplinada pelo Congresso. No caso, o particular pretendia a regulamentação da imunidade criada aos aposentados e pensionistas maiores de 65 anos em relação ao imposto de renda, nos termos do artigo 155, §3º, II, CF/143.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 183. Relator(a): Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 30 out. 1991. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 fev. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81754>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁴⁰ Outros mandados de injunção com o mesmo objeto foram ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal. Por todos, vide: Mandado de Injunção. Artigo 40, § 1º, da Constituição Federal. - O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal só faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir novas hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exerceu, não há direito constitucional cujo exercício dependa de norma regulamentadora. Precedente do S.T.F. Mandado de injunção não conhecido por impossibilidade jurídica do pedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 462. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 06 set. 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81823>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁴¹ EMENTA: Mandado de injunção. Substituição tributária. ICMS. - Após a impetração do presente mandado de injunção, foi editada a Lei Complementar n 87, de 13 de setembro de 1996, que, nos artigos 5º a 10, disciplina, com normas gerais, a substituição tributária com relação ao ICMS. - Está, pois, prejudicada a presente impetração, por perda de objeto. Mandado de injunção julgado prejudicado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 539. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 26 jun. 1997, **Diário de Justiça**, Brasília, 06 fev. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81861>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

¹⁴² EMENTA: Mandado de injunção. - Correto o parecer da Procuradoria-Geral da República ao entender que este mandado de injunção está prejudicado, porquanto "no caso, o pedido de complementação da ordem jurídica não encontra respaldo em nenhuma norma constitucional, uma vez que, com a promulgação, em 15 de dezembro de 1998, do art. 17, da Emenda Constitucional nº 20, foi revogada a norma contida no inciso II, § 2º, do art. 153 que deu margem ao presente mandado de injunção, in verbis: 'Art. 17. Revoga-se o inciso II do § 2º do art. 153 da Constituição Federal'". Mandado de injunção julgado prejudicado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 593. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 20 maio 2002, **Diário de Justiça**, Brasília, 14 jun. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81873>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

¹⁴³ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

III - renda e proventos de qualquer natureza;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

[...]

II - não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade

Contudo, a Emenda Constitucional número 20, de 1998, extinguiu o benefício fiscal.

Outro tema relevante que se enquadra no “Modelo 5” foi a regulamentação do direito dos trabalhadores de participarem do lucro das empresas¹⁴⁴. A matéria foi objeto de vários mandados de injunção que, contudo, não tiveram o mérito apreciado em razão da superveniência de lei disciplinando a matéria.

Se é compreensível que o STF extinga o processo sem julgamento de mérito em razão da superveniência de lei viabilizando o exercício do direito obstado por falta de norma, um fato não pode passar despercebido. Relembre-se que, em relação ao FGTS proporcional, a Corte deferiu o *writ* em relação àqueles que o haviam impetrado antes da promulgação da lei instituindo o benefício, em 2011. Observa-se nitidamente a nova postura do Tribunal em relação à tentativa de dotar seus pronunciamentos de efetividade.

Em situação semelhante, contribuinte beneficiado por isenção fiscal concedida por medida provisória não convertida em lei pediu ao STF que disciplinasse o “vazio normativo” decorrente da perda de eficácia normativa respectiva. Subsidiariamente, pediu o reconhecimento da mora dos órgãos omissos. A Corte, contudo, entendeu que o benefício fiscal não fora concedido pela Constituição, mas por lei ordinária. Com efeito, não seria cabível o mandado de injunção, já que não estaria presente a lacuna técnica que inviabilizava o exercício de direito constitucionalmente previsto¹⁴⁵.

3.2.5 Uma derradeira demonstração prática contra a utilização da teoria da autoaplicabilidade das normas constitucionais – e sua tentativa de instrumentalizar um juiz pretensamente neutro a resolver complexas questões sociais sem supostamente se afastar do direito. Ou como um direito supostamente neutro se presta a uma determinada política.

A fixação da taxa de juros foi, também, um dos temas mais debatidos na Assembleia Nacional Constituinte, tendo sido motivo de reiteradas críticas da direita, como narrado. O

superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 426. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgado em: 19 out. 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 fev. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81811>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

¹⁴⁵ EMENTA: - Importações favorecidas por decreto-lei transformado em medida provisória, que não veio a ser convertida em lei (art. 25, par. 2., do A.D.C.T). Pretensão de que sejam regulados os efeitos consumados da medida. Não é idôneo, para esse fim, o mandado de injunção, por demandar-se a regulamentação de situação decorrente da aplicação de norma ordinária, não DE alguma regra que torne viável o exercício DE liberdade constitucional, de direito ou liberdade constitucional, OU de prerrogativa inerente a nacionalidade, a soberania e a CIDADANIA (art. 5., LXXI, da C.F.). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 415. Agravo Regimental. Relator: Min. Octavio Gallotti. Tribunal Pleno. Julgado em: 11 mar. 1993. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 maio 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325462>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

artigo 192 da Constituição da República não deixava dúvidas sobre seu conteúdo. Veja-se:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, **será regulado em lei complementar**, que disporá, inclusive, sobre:

[...]

§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Apesar da clareza evidente do texto normativo, ainda assim o STF considerou-o como uma norma não autoaplicável, em sede de ADI, e, por isso, julgou constitucional ato regulamentar do Bacen que não respeitou os limites estabelecidos pela norma sob investiva. Com base nesse entendimento, o STF, em um primeiro momento, não conheceu do *writ*, por considerar a inexistência da mora do Congresso em legislar. Transcorridos muitos anos de 1988, contudo, o posicionamento do Tribunal mudou para julgar procedente a demanda, mas limitando-se a comunicar a mora¹⁴⁶ ao órgão omissor.

Ora, a essa altura, já é possível demonstrar com toda clareza como a utilização da teoria da autoaplicabilidade das normas constitucionais constitui mero argumento retórico utilizado pelo STF, e por grande parte da doutrina, ainda hoje, para negar direitos previstos pela Constituição. Já adentramos em sua insubsistência como prática jurídica, mas é possível ser ainda mais claro.

Como visto, o artigo 195, § 7º da Constituição, estabeleceu imunidade a determinadas entidades que se caracterizassem como *beneficentes*. Ora, quem seriam essas entidades beneficentes? Evidentemente esse não é um conceito em que se compartilha uma pré-compreensão minimamente aceita pela sociedade, especialmente pelos juristas, sobre quais os requisitos seriam necessários para que uma pessoa jurídica ostente essa natureza. Mas, ainda assim, o STF deferiu o Mandado de Injunção 232, mesmo reconhecendo que a norma seria

¹⁴⁶ EMENTA: Mandado de injunção. Juros reais. Parágrafo 3. do artigo 192 da Constituição. - Esta Corte, ao julgar a ADIn. n. 04, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no parágrafo 3. do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessitava de regulamentação. - Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 457. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 26 maio 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 04 ago. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81822>>. Acesso em: 5 nov. 2015. Também nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 470. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em: 15 fev. 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 29 jun. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81826>>. Acesso em: 5 nov. 2015. Também nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 470. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgado em: 15 fev. 1995, **Diário de Justiça**, Brasília, 29 jun. 2001.

não autoaplicável; o impetrante pôde, assim, gozar do benefício. Ora, seguindo-se a construção elementar da teoria, ou a norma é “bastante em si mesmo” e gera a incidência imediata ou seu “caráter impreciso” inviabiliza a subsunção. Como admitir as duas situações ao mesmo tempo: a norma não é autoaplicável, mas, passados 6 (seis) meses sem que o Congresso Nacional a regule, ela poderá incidir?

A mesma aporia é observada claramente no julgamento da ADI 4¹⁴⁷. Como afirma o ministro Paulo Brossard, não é necessário adicionar absolutamente nada o § 4º do artigo 192 da Constituição para permitir sua incidência:

Ora, o § 4º do art. 192 ao dizer que os juros reais não excederão a taxa de juros de 12% ao ano e que a eles não se somarão comissões de nenhuma natureza, direta ou indireta, relacionadas com a concessão do crédito, **disse tudo o que era necessário para a sua cabal e imediata aplicação**, independentemente de lei ordinária ou complementar.

Juros reais, sim, ao contrário de “entidades beneficiárias”, têm um conceito amplamente conhecido pela doutrina econômica e, conseqüentemente, para o direito, mesmo que esse conceito seja controvertido. O STF reconheceu a não autoaplicabilidade do dispositivo sob investida em razão de uma série de fatores, mas, sem dúvida nenhuma, todos relacionados ao posicionamento dos ministros sobre o acerto, ou não, do constituinte em adotar a norma. Em outros termos, julgou-se não a suposta capacidade do texto em permitir ser interpretado, mas a opinião de seus ministros sobre se a norma é boa ou não para o Brasil.

Não por acaso todos os julgadores se debruçaram sobre se seria ou não devido, em um mercado complexo, inflacionário, etc., limitar de tal maneira o sistema financeiro. Veja-se, claramente nesse sentido, o voto do ministro Célio Borja (1993, p. 231)¹⁴⁸:

Ora, Sr. Presidente, embora seja possível que todos concordemos com essa definição de juros reais, vai-se seguir uma perplexidade. Sabe-se que no sistema monetário atual permite-se a correção do capital. A atualização monetária não é mais do que a correção do valor do capital para mantê-lo íntegro, com o mesmo poder aquisitivo ao longo do tempo. Portanto, é uma defesa dele contra a inflação. Se o legislador considera que o capital se corrige, que existem regras cogentes que levam à garantia do poder aquisitivo do capital, é claro que basta a estipulação nominal dos juros: 12%, 6%, 4%, 5%. Mas não é sempre assim. Há seguimentos do mercado financeiro que trabalham dessa maneira, por exemplo, o Sistema Financeiro de Habitação, primeiro a utilizar a correção monetária, autorizado pelo legislador. Portanto, corrigido o capital, era só estipular a taxa de juros, e essa taxa de juros deveria remunerar o mutuante e, eventualmente, cobrir o custo da manutenção do crédito e as despesas que normalmente concorrem para a sua formação. Imagine V. Exa. que termine no Brasil a indexação – e ainda estou na dúvida se ela terminou ou não, coma s novas leis financeiras econômicas recentemente adotadas. O que se deverá

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4. Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em: 07 mar. 1991. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 jun. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

¹⁴⁸ BORJA, Célio. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4. Relator: Ministro Néri da Silveira. **Diário de Justiça**, 25 jun. 1993.

passar com aqueles negócios jurídicos, com aquelas operações que não gozam do privilégio da correção do capital por índices certos? É que a taxa de juros, de acordo com a cláusula constitucional, não pode ser negativa e, portanto, há de haver necessidade de incorporar, a título de remuneração do capital, a desvalorização que ele sofre durante o período de manutenção do empréstimo. **Passaríamos, pura e simplesmente – e não se trata de uma invenção de qualquer um de nós – a praticar o sistema de formação da taxa de juros usado pelos países chamados do Primeiro Mundo**, em que há uma previsão da inflação futura e, sobre essa taxa determinada por mera previsão, por mera estimativa, se coloca uma certa remuneração pura ou líquida do capital, ou, então, taxas flutuantes, isto é, que periodicamente, são recalculadas para ajustar a remuneração do capital à inflação verificada efetivamente (Grifo nosso).

A evidente contradição ora analisada derruba por terra, também, outro argumento fundamental que está subjacente a todas as teorias do paradigma liberal: a neutralidade do magistrado no processo de subsunção, ou seja, o juiz não aduziria valor à norma que interpreta, mas apenas reconheceria qual a hipótese normativa reclama aplicação ao conjunto de fatos que analisa.

Estavam em jogo no STF, naquele momento, os interesses das mais importantes forças políticas e econômicas do Brasil, especialmente o sistema financeiro, a indústria e o comércio. Continuava-se, portanto, o caloroso debate que permeou toda a ANC e teve ampla repercussão na mídia, por tudo o que enseja. Considerando as crises inflacionárias vividas pelo Brasil durante toda a década de 80 e início da de 90, os sucessivos planos econômicos, as crises de abastecimento, o aumento da pobreza, etc., reduzir o julgamento do limite constitucional dos juros a uma questão de autoaplicabilidade do § 4º do artigo 192 parece, hoje, insustentável.

A tese da “não autoaplicabilidade”, analisada por esse sentido, nada mais é do que um recurso argumentativo que permite a juízes que se afirmam como neutros conferirem um caráter técnico-jurídico a um voto que necessariamente articula não apenas o direito, mas a moral, a política, e a economia – afinal, esse é o papel da Constituição. Os juízes decidem se é devido ou não limitar os juros reais a 12%; se é devido ou não ao Judiciário disciplinar o meio de se pagar precatórios; de se reconhecer imunidades; de se garantir ou não o direito de greve, etc. Em seguida, especialmente quando o objetivo for negar o direito, utiliza-se o argumento da não autoaplicabilidade das normas.

Mas o argumento não é apenas falacioso do ponto de vista da prática jurídica. É, sobretudo, um equívoco teórico que ignora questões elementares do desenvolvimento da filosofia da linguagem do século XX.

3.2.6 Modelo IV: o não conhecimento do writ sob o argumento da autoaplicabilidade da norma. A eterna crença na norma geral e abstrata.

3.2.6.1 MI 274 e seguintes: a autoaplicabilidade da norma que fixa o valor das pensões dos militares.

3.2.6.1.1 Decisão de não conhecimento do *writ*: inexistência de coisa julgada e, portanto, da possibilidade de execução.

Até a promulgação da Constituição de 1988, os pensionistas militares percebiam quantia inferior – aproximadamente 30% do total – àqueles da ativa. O artigo 40, § 5º, da redação originária da Constituição, contudo, estabeleceu que a pensão por morte dos servidores públicos corresponderá à totalidade dos vencimentos, até o limite estabelecido em lei. O direito seria extensível ao militar em razão do que dispunha o artigo 42, § 10¹⁴⁹, da CF. Veja-se:

Art. 40. O servidor será aposentado:

[...]

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, **até o limite estabelecido em lei**, observado o disposto no parágrafo anterior.

[...] (Grifo nosso)

Foram, então, ajuizados mandados de injunção com o objetivo de impor ao presidente da República e ao Congresso Nacional a obrigação de editar lei cujo conteúdo estivesse de acordo com o artigo 40, § 5º. O ADCT¹⁵⁰, inclusive, fixou o prazo máximo de 180 dias para que essa lei fosse editada.

Os ministros do STF, contudo, divergiram amplamente sobre qual a decisão adequada ao *writ*, em um primeiro momento¹⁵¹. Em apertada síntese, formaram-se 4 (quatro) correntes: a) haveria a omissão e, assim, deveria o Tribunal se limitar a comunicar a mora aos órgãos omissos; b) a *lacuna técnica* estaria presente, mas o STF poderia determinar desde já a sua incidência; c) a aplicabilidade da norma seria *contida*, ou seja, teria aplicabilidade imediata, mas lei poderia futuramente restringi-la; d) não haveria que se falar em omissão porque a Lei

¹⁴⁹ Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 10. Aplica-se aos servidores a que se refere este artigo, e a seus pensionistas, o disposto no art. 40, §§ 4º e 5º.

¹⁵⁰ Art. 20, ADCT. Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição.

¹⁵¹ PENSÃO - MILITARES. A NORMA INSERTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE O CALCULO DE PENSÃO, LEVANDO-SE EM CONTA A TOTALIDADE DOS VENCIMENTOS OU PROVENTOS DO SERVIDOR FALECIDO TEM APLICAÇÃO IMEDIATA, NÃO DEPENDENDO, ASSIM, DE REGULAMENTAÇÃO. A EXPRESSÃO CONTIDA NO PAR. 5. DO ARTIGO 40 DO DIPLOMA MAIOR - "ATÉ O LIMITE ESTABELECIDO EM LEI" REFERE-SE AOS TETOS TAMBÉM IMPOSTOS AOS PROVENTOS E VENCIMENTOS DOS SERVIDORES. A HIPÓTESE NÃO ENSEJA O MANDADO DE INJUNÇÃO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 274 AgR. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em: 10 nov. 1993. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 dez. 1993.

8.112/90 já teria disciplinado a matéria e, em razão do artigo 40, § 10, da CF, seria ela aplicável aos militares.

Após os debates, contudo, prevaleceu o entendimento dos ministros Veloso e Marco Aurélio que, até então, restaram vencidos em praticamente todos os precedentes. Com efeito, entendeu o Supremo que a norma constitucional prevista no artigo 40, § 5º, c/c o artigo 42, § 10 seria autoaplicável e, portanto, inexistiria a mora em disciplinar os artigos, sendo incabível o *writ*.

Contudo, observa-se que a votação foi extremamente apertada, já que os ministros Moreira Alves, Celso de Mello, Sydney Sanches mantiveram o entendimento de que a norma sob invectiva não gozava de densidade normativa suficiente para incidir sobre o caso – ou seja, seria não autoaplicável. Moreira Alves foi além: a Constituição exigiria a presença de fonte de custeio específica para a criação de qualquer benefício previdenciário. Assim, caso a Corte deferisse o pedido deduzido pelo particular, estaria não apenas substituindo o legislador, como gerando grave dano ao erário.

Observa-se, mais uma vez, o debate fundamental entre a “amplitude” da normatização da Constituição: enquanto Moreira Alves e a corrente mais afeta ao paradigma liberal de direito buscam reforçar a necessidade da interação entre Constituição e legislador, a corrente majoritária busca atribuir à Carta Magna uma normatividade progressivamente mais ampla.

A decisão vencedora, embora reconheça a autoaplicabilidade do direito dos militares aposentados e seus pensionistas, gozava de eficácia *inter partes*. Assim, apenas os impetrantes da ação foram, em tese, beneficiados pelo seu dispositivo. E, ainda assim, como a decisão foi preliminar, não adentrando no mérito do processo, seu dispositivo não ficou submetido à coisa julgada. Com efeito, não é possível a sua execução. Os impetrantes ganharam, mas caso a Administração se recusasse a cumpri-la, não haveria instrumento apto para assegurá-la. O STF, mesmo tendo sido chamado reiteradamente a se manifestar sobre o tema, proferiu decisões sem eficácia.

Por fim, ressalte-se, mais uma vez, as sucessivas e voluntárias afrontas ao entendimento proferido pelo STF pelos Tribunais inferiores. O TRF 4 e o TJRS¹⁵², por exemplo, rejeitaram o pedido de idêntico conteúdo aos ora postulantes, sob o argumento de que o artigo 40, § 5º, não seria autoaplicável. Os impetrantes, assim, tiveram que ajuizar

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 207263. Relator: Min. Moreira Alves. Primeira Turma. Julgado em: 08 abr. 1997, **Diário de Justiça**, Brasília, 03 out. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=241000>>. Acesso em: 7 nov. 2015. Também nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 207296. Relator: Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. Julgado em: 25/ fev. 1997, **Diário de Justiça**, Brasília, 25 abr. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=241030>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

recurso extraordinário para fazerem valer o posicionamento do Supremo sobre a matéria.

3.2.6.2 MI 487 e 628. Proteção da relação de emprego por meio de lei complementar

A proteção à relação de emprego foi uma das grandes disputas travadas na Assembleia Nacional Constituinte. O direito à estabilidade, demandado pelas centrais sindicais, foi afastado na redação final da Constituinte. Prevaleceu o disposto no artigo 7º, inciso I, que atribui à lei complementar a disciplina contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Veja-se:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

Enquanto não ocorresse a sua edição, contudo, o artigo 10 do ADCT¹⁵³ disciplinaria a matéria. Exatamente por isso entendeu o STF nos autos do MI 114¹⁵⁴ que não haveria que se falar em *lacuna técnica*, requisito de admissibilidade fundamental para o cabimento do *writ*, já que a própria Constituição estabeleceria o regramento a ser aplicado em caso de mora do Poder Legislativo¹⁵⁵. Deve-se ressaltar que mesmo os ministros que atribuem efeito constitutivo ao *writ* aderiram ao relator em não conhecer do mandado de injunção.

Ademais, diferentemente do MI 274, em que a Administração poderia ou não cumprir a decisão do STF, a ADCT efetivamente disciplina a matéria, sendo observada em regra na prática das relações trabalhistas. E, quando violada, a Justiça obreira poderá ser incitada a

¹⁵³ Art. 10, ADCT. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

§ 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

§ 2º - Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador.

§ 3º - Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 114-6. Relator: Ministro Octavio Gallotti. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 fev. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81747>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁵⁵ O STF, nos autos do MI 74-3, de Relatoria do Ministro Carlos Madeira, também "negou seguimento" ao *writ* por entender que o pedido nele deduzido estava devidamente disciplinado pela ADCT – a criação da anistia às dívidas das microempresas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 74-3. Relator: Ministro Carlos Madeira. **Diário de Justiça**, Brasília, 15 mar. 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81906>>. Acesso em: 26 out. 2015.

impor-lhe o cumprimento¹⁵⁶.

3.2.6.3 MI 626: Um passo atrás sobre o entendimento firmado no MI 232.

Reconhecimento da autoaplicabilidade da norma como argumento para afastar a tutela jurisdicional.

O artigo 8º dos Atos das Disposições Transitórias¹⁵⁷ disciplinou a concessão de anistia às pessoas vítimas da ditadura, impondo, inclusive, determinadas obrigações de pagar ao Estado. Com base nesse fundamento, advogado que teve sua vida privada devassada em razão de defender presos políticos impetrou mandado de injunção com o objetivo de lhe ser reconhecida a condição de anistiado e, conseqüentemente, fosse beneficiário de aposentadoria especial.

O Supremo entendeu que o artigo 8º do ADCT não se limitava a beneficiar servidores públicos, mas abrangeria, também, pessoas civis vítimas de atos de exceção. Especialmente, estaria incluída a possibilidade do exercício da advocacia privada estar inserida na proteção normativa. Com efeito, considerando se tratar de norma autoaplicável, àquele momento já

¹⁵⁶ O Ministro Celso de Mello¹⁵⁶, em 1995, julgou novo MI monocraticamente, reiterando o posicionamento então firmado. Já em 2002, a questão foi reintroduzida na Corte, por meio do MI 628 e, novamente, foi asseverado que, em razão da falta de lacuna técnica, seria incabível. O Ministro Marco Aurélio, contudo, divergiu da maioria, por já haverem transcorridos 14 (quatorze) anos desde a promulgação da Constituição e a lei ainda não ter sido publicada. Assim, admitiu o writ. Veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 487 DF. Relator: Min. Celso De Mello. Julgado em: 22 jun. 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 29 jun. 1995.

¹⁵⁷ Art. 8º, ADCT. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (Regulamento)

§ 1º O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 2º **Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.**

§ 3º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

§ 4º Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.

§ 5º A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º.

disciplinada pelo Executivo, seria incabível o *writ*. Veja-se:

ANISTIA - ARTIGO 8º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - EXTENSÃO - A anistia de que cuida o artigo 8º do Ato das Disposições Transitórias da Lei Fundamental de 1988 beneficiou civis e militares, estando, entre os primeiros, servidores, empregados e profissionais liberais, alfim, todo e qualquer cidadão qualificado como trabalhador. ANISTIA - CERTIDÃO - DECRETOS nos 1.500/95 E 2.293/97. NATUREZA. As normas insertas nos citados decretos sobre a competência da Comissão Especial de Anistia, a par de não se mostrarem exaustivas quanto aos destinatários da certidão de anistiado, revelam simples disciplina organizacional, não tendo caráter normativo abstrato. ANISTIA - EXTENSÃO - BENEFÍCIOS - EFICÁCIA - MANDADO DE INJUNÇÃO - IMPROPRIEDADE. À exceção do preceito do § 3º, o teor do artigo 8º do Ato das Disposições Transitórias da Lei Fundamental veio à balha com eficácia plena, sendo imprópria a impetração de mandado de injunção para alcançar-se o exercício de direito dele decorrente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 626. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em: 14 mar. 2001, **Diário da Justiça**, Brasília, 18 jun. 2001. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81880>>.

Acesso em: 11 nov. 2015.

O não conhecimento do *writ* ensejou retardamento à tutela jurisdicional pretendida pelo autor, cuja situação fática fora reconhecida, pelos próprios Ministros do Supremo, como subsumível à proteção constitucional. Especialmente, porque o julgamento, como se restringe a não conhecer o *writ*, sequer reconhece a condição de anistiado ao impetrante. Mais uma vez, a manifestação do STF é esvaziada pela própria Corte de qualquer resultado prático.

O que teria mudado, então, do julgamento do MI 626, ocorrido em 2001, para o MI 283, de 1991, que atribuíra efeito constitutivo à decisão do STF? O que teria ensejado o passo atrás do Supremo na direção da efetividade da tutela jurisdicional?

A alteração mais importante é a criação da Comissão de Anistia no âmbito do Ministério do Trabalho, por meio do Decreto n. 1.500, de 24 de maio de 1995. Assim, existindo regra – mesmo que não tenha assumida a condição de ato normativo primário – que permitiria o exercício do direito constitucional, entendeu o STF que “não se tem hipótese em que o exercício de direito assegurado constitucionalmente haja sido inviabilizado por falta de norma¹⁵⁸”.

Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal se deu por satisfeito com o cumprimento da obrigação constitucional pelo Poder Executivo de *editar a norma*, mesmo que o particular não tenha gozado do direito por ele pretendido, como demonstrado nos autos. Assim, abstraindo-se da enorme dificuldade do ajuizamento de uma ação judicial no Brasil, sem dúvida alguma o autor do MI 283, em 1991, obteve do Judiciário tutela satisfativa

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 626, Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em: 14 mar. 2001. **Diário de Justiça**. 18 jun. 2001. Voto Ministro Marco Aurélio, p. 31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81880>>. Acesso em 11 nov. 2015.

condizente com a pretensão por ele deduzida em juízo, enquanto em 2001 seu pedido sequer foi analisado. O não conhecimento do *writ* não gerou qualquer efeito positivo em sua esfera jurídica.

A crença na norma geral e abstrata em detrimento da tutela concreta, satisfativa, é talvez uma das importantes continuidades da postura do STF durante todo o transcurso temporal analisado: se a QO no MI 107 a depositava em uma norma oriunda do Parlamento, a partir da abstrativização será em uma norma editada pelo próprio Tribunal.

3.2.6.4 Outros precedentes em que o STF extingue o feito em razão de questões processuais que, embora existentes, podiam ser superadas

Trabalhadores rurais ajuizaram, antes da Lei 8.213/91, o reconhecimento ao direito à aposentadoria especial prevista pelo artigo 202 da Constituição¹⁵⁹. O Tribunal, entretanto, entendeu que o pedido deduzido restara prejudicado, em razão da superveniência da Lei 8.213/91¹⁶⁰ que disciplinou a matéria.

Em outro precedente, foi demandado o reconhecimento da mora relativa à disciplina da substituição tributária do ICMS, conforme previsto no artigo 155, § 2º, XII, “b” da Constituição Federal. O STF, contudo, mantendo-se coerente em relação às hipóteses em que normatização superior é editada após o ajuizamento do *writ*, não conhece da ação¹⁶¹.

Também o MI 593¹⁶² foi considerado prejudicado, mas agora pela revogação da norma

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 183. Relator(a): Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 30 out. 1991. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 fev. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81754>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁶⁰ Outros mandados de injunção com o mesmo objeto foram ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal. Por todos, vide: Mandado de Injunção. Artigo 40, § 1º, da Constituição Federal. - O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal só faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir novas hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional cujo exercício dependa de norma regulamentadora. Precedente do STF Mandado de injunção não conhecido por impossibilidade jurídica do pedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 462. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 06 set. 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81823>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

¹⁶¹ EMENTA: Mandado de injunção. Substituição tributária. ICMS. - Após a impetração do presente mandado de injunção, foi editada a Lei Complementar n 87, de 13 de setembro de 1996, que, nos artigos 5º a 10, disciplina, com normas gerais, a substituição tributária com relação ao ICMS. - Está, pois, prejudicada a presente impetração, por perda de objeto. Mandado de injunção julgado prejudicado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 539. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 26 jun. 1997, **Diário de Justiça**, Brasília, 06 fev. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81861>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

¹⁶² EMENTA: Mandado de injunção. - Correto o parecer da Procuradoria-Geral da República ao entender que este mandado de injunção está prejudicado, porquanto "no caso, o pedido de complementação da ordem jurídica não encontra respaldo em nenhuma norma constitucional, uma vez que, com a promulgação, em 15 de dezembro de 1998, do art. 17, da Emenda Constitucional nº 20, foi revogada a norma contida no inciso II, § 2º, do art. 153 que deu margem ao presente mandado de injunção, in verbis: 'Art. 17. Revoga-se o inciso II do § 2º do art. 153 da Constituição Federal'". Mandado de injunção julgado prejudicado.

constitucional apontada pela impetrante como não disciplinada pelo Congresso. No caso, o particular pretendia a regulamentação da imunidade criada aos aposentados e pensionistas maiores de 65 anos em relação ao imposto de renda, nos termos do artigo 155, §3º, II, CF/1988. Contudo, a Emenda Constitucional número 20, de 1998, extinguiu o benefício fiscal¹⁶⁴.

Se é compreensível que o STF extinga o processo sem julgamento de mérito em razão da superveniência de lei viabilizando o exercício do direito obstado por falta de norma, em razão da Corte realmente reputar que apenas regra cria direitos, um fato não pode passar despercebido. Relembre-se que, em relação ao FGTS proporcional, foi deferido o *writ* em relação àqueles que o haviam impetrado antes da promulgação da lei instituindo o benefício, em 2011. Observa-se nitidamente a nova postura do Tribunal em relação à tentativa de dotar seus pronunciamentos de efetividade.

O ajuizamento do mandado de injunção para se assegurar um direito reconhecido por lei, não pela Constituição, é outra hipótese em que o STF se utilizou de argumento processual para extinguir o feito. No caso, o Estado de Rondônia requereu sua inclusão no Plano Plurianual da União para receber valor relativo a programas especiais que beneficiassem o Estado então recentemente criado¹⁶⁵. O pedido, contudo, não foi conhecido porque a própria

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 593. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 20 maio 2002, **Diário de Justiça**, Brasília, 14 jun. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81873>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

¹⁶³ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

III - renda e proventos de qualquer natureza;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

[...]

II - não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

¹⁶⁴ A regulamentação do direito dos trabalhadores de participarem do lucro das empresas¹⁶⁴ é outra matéria que foi objeto de vários mandados de injunção que, contudo, não tiveram o mérito apreciado em razão da superveniência de lei disciplinando o tema. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 426. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgado em: 19 out. 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 fev. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81811>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

¹⁶⁵ Ementa: Mandado de Injunção. Pretensão do Estado de Rondônia no sentido de o Poder Executivo federal fazer incluir no projeto de lei do Plano Plurianual previsto no art. 165, I, e par-1., da Constituição Federal, "programa especial de desenvolvimento para o Estado" suplicante, com duração mínima de cinco (5) anos, "a fim de que o Congresso Nacional faça inserir nessa lei o mencionado plano", com sua consequente inclusão na Lei de Diretrizes Orçamentárias (C.F., art. 165, II, e par-2.), como meta prioritária a ser observada na elaboração da Lei Orçamentária anual, até o final do programa. Lei Complementar n. 41/1981, art. 34 e parágrafo único. Não se trata de normas de nível constitucional, nem lhes emprestou essa natureza o disposto no art. 14, par-2., do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988. Não cabe mandado de injunção, "ut" art. 5., LXXI, da Constituição, com alegações de falta de norma regulamentadora a tornar viável o exercício de direitos previstos em lei complementar. Mandado de Injunção de que não se conhece, por ser dele carecedor o requerente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 296. Relator(a): Min. Neri da Silveira. Tribunal

criação do ente federado se dera por lei complementar, não havendo, pois, qualquer direito constitucional a ser protegido¹⁶⁶.

O debate em torno do reconhecimento e dos limites da liberdade e da unicidade sindical também foi submetido ao Supremo pelas entidades de classe que, a despeito do artigo 8º da Constituição da República, sentiram-se tolhidas do exercício de seu alegado direito. Nos autos do MI 388¹⁶⁷, pretendia a impetrante não apenas a regulamentação do mencionado dispositivo constitucional como, ainda, que o STF determinasse ao TRT paulista que apenas ela seria a legítima representante da categoria na respectiva base territorial. A Corte, contudo, não conheceu da ação. Em primeiro lugar, por entender que a CLT é aplicável à hipótese, não havendo qualquer obstáculo ao exercício do direito ali estabelecido – e, sob esse argumento, o presente julgado enquadraria no “Modelo 4” ora previsto. Em segundo, por não ser o *writ* a via adequada para se debater o exercício do direito sindical. De fato, o sindicato buscava discutir a constitucionalidade de decisão judicial, não o exercício de direito obstado pela ausência de norma disciplinadora.

4 A VIRADA PARADIGMÁTICA

4.1 A abstrativização como uma nova dinâmica para o exercício da jurisdição constitucional, em que, independentemente da natureza do processo submetido ao Supremo, a Corte prioriza manifestações normativas,

Pleno. Julgado em: 28 nov. 1991. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 fev. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81770>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

¹⁶⁶ Em situação semelhante, contribuinte beneficiado por isenção fiscal concedida por medida provisória não convertida em lei pediu ao STF que disciplinasse o “vazio normativo” decorrente da perda de eficácia normativa respectiva. Subsidiariamente, pediu o reconhecimento da mora dos órgãos omissos. A Corte, contudo, entendeu que o benefício fiscal não fora concedido pela Constituição, mas por lei ordinária. Com efeito, não seria cabível o mandado de injunção, já que não estaria presente a lacuna técnica que inviabilizava o exercício de direito constitucionalmente previsto. Veja-se em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 415. Agravo Regimental. Relator: Min. Octavio Gallotti. Tribunal Pleno. Julgado em: 11 mar. 1993. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 maio 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325462>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

¹⁶⁷ Mandado de injunção. Sindicato dos empregados em empresas de transporte de passageiros por fretamento da grande São Paulo. Pretensão a tornar-se efetiva a norma contida no art. 8., da constituição, que dispõe sobre a liberdade de associação profissional ou sindical. Queixa de dificuldade do requerente para exercer sua ação sindical, em razão de conflito de atribuições com outras entidades sindicais. Não é o mandado de injunção via adequada a discutir os limites de atuação sindical e de representação de categorias profissionais, tal como pretende o sindicato requerente. Não obstante esteja, em princípio, legitimado sindicato a requerer mandado de injunção para que se edite norma indispensável ao exercício de direito previsto na constituição, cujo exercício penda de regulamentação, a teor do que se contem no art. 5., LXXI, da lei maior, certo esta que, no caso concreto, o sindicato requerente o que, efetivamente, pretende é ver solvida controvérsia existente com outras entidades sindicais, no que concerne a competência, na área de suas atividades. Mandado de injunção não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 388. Relator: Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em: 24 jun. 1993. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 maio 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81806>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

desvinculadas de casos concretos – mesmo quando julga casos concretos.

[...] a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional n. 16/65 e sob a Carta de 1967/69. Gilmar MENDES (2015, 49, grifo nosso)¹⁶⁸.

O crescimento da importância da jurisprudência na tradição romano-germânica do direito brasileiro é fato notável e, até certo ponto, incontroverso. Há autores, como Marinoni (2007)¹⁶⁹, que chegam a afirmar que se vem abandonando a distinção do *common law* e *civil law* para inserir ambas as tradições como parte de uma grande tradição jurídica ocidental. Mas se é certo o fenômeno de empoderamento do Poder Judiciário abarca grande parte dos sistemas ocidentais de direito, há especificidades em nossa trajetória que devem, necessariamente, ser problematizadas.

Nesse sentido, o radical rompimento operado pelo STF, em 2007, adotando a teoria concretista geral em sede de mandado de injunção, não pode ser interpretado isoladamente, como um posicionamento aplicável apenas ao *writ*. De outro modo, deve ser compreendido dentro de uma nova *estratégia* adotada pelo STF para o exercício da jurisdição constitucional que, sem dúvida, vem redefinindo o papel da Corte, e do próprio Poder Judiciário, na separação dos Poderes.

O Tribunal, segundo Mendes, vem buscando afastar-se do julgamento de litígios individuais para concentrar sua atividade na “tutela objetiva da ordem constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010). Nesse sentido, utilizará os processos que lhe são submetidos, independentemente de sua natureza, não para tutelar direitos subjetivos da parte, mas para estabelecer, geral e abstratamente, a adequada interpretação das normas.

Preocupa-se o STF, portanto, precipuamente, com o discurso de justificação de normas (GÜNTHER, 2004)¹⁷⁰, muito embora fundamente a validade de seus pronunciamentos não em um possível critério de aceitabilidade universal de sua decisão, como é pressuposto na

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes, **DJe**, 21 out. 2004, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

¹⁶⁹ [...] a radical contraposição entre *common law* e *civil law*, própria ao antigo direito comparado, vem sendo deixada de lado em favor da ideia de que estes sistemas constituem dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental. Não obstante, é inquestionável que o *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas particulares, definidas por institutos e conceitos próprios” (MARINONI, 2010, p. 7, grifo nosso).

¹⁷⁰ Günther (2004) diferencia do discurso de justificação, que pressupõe um procedimento em que se analisa o critério de aceitabilidade universal da norma, verificando a sua validade, do discurso de aplicação, em que se verifica a sua adequabilidade ao caso concreto. GÜNTHER. Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

elaboração das leis pelo Parlamento, mas no vínculo que sua interpretação mantém com a Constituição. Ainda assim, mesmo devendo pautar-se essencialmente em discursos jurídicos, já que não lhe estão disponíveis argumentos de ordem exclusivamente política, moral ou econômica – como se dá com o Legislativo –, essa nova prática atribui ao Supremo uma capacidade substancialmente mais ampla de intervir na realidade do que o paradigma anterior.

O objetivo da mudança, segundo seus principais teóricos, é enfrentar dois problemas centrais, e intimamente relacionados, que vêm sendo apontados pela doutrina e pelo próprio Tribunal como decisivos para o seu desenvolvimento: o excessivo número de processos apreciados por ministro e a predominância de sua atuação como uma “Corte de classe recursal” (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011) – ou seja, como a segunda ou terceira instância de um processo subjetivo cuja matéria constitucional controvertida já fora analisada por um Tribunal inferior.

Assim, além dos instrumentos típicos do controle concentrado e abstrato, como a ADI, a ADPF e a ADIO, a alteração da jurisprudência da Corte em relação ao recurso extraordinário (objetivação do recurso extraordinário¹⁷¹), ao mandado de injunção e ao *habeas corpus*¹⁷², bem como a criação da súmula vinculante (artigo 103-A, CF) e da exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE (artigo 103, § 3º, CF) são exemplos que enunciam a tendência da Corte em buscar se afastar do julgamento de litígios subjetivos para discutir, em última análise, *a adequada relação entre normas*.

Essa nova tendência, em que o STF prioriza sua atuação na prolação de normas gerais e abstratas – alheias, portanto, ao caso concreto respectivo –, com o objetivo de criar parâmetros para a interpretação futuramente realizada pelos demais Tribunais e pela Administração, chamaremos de *abstrativização*. Esse *nomens iuri* é sabidamente utilizado para se referir às mudanças operadas na jurisprudência da Corte em relação ao controle difuso. Contudo, deslocaremos seu foco de uma alteração específica, como a objetivação do recurso extraordinário, para compreendê-la como uma nova dinâmica que o Supremo

¹⁷¹ Segundo Mendes, nos autos do RE 376.852, “esse novo modelo constitucional traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o RE entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Härbele (2002) segundo a qual a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo, dotado de uma dupla função, objetiva e subjetiva, consistindo esta última em assegurar o direito constitucional objetivo”. STF concede liminar contra decisão de Turma Recursal do Juiz Especial catarinense. **Notícias do STF**, 28 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60264>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, p. 795, 1 jan. 2006.

Tribunal Federal vem adotando em seus julgamentos já há alguns anos e que parece ser a tônica para o futuro. Dinâmica essa que pressupõe determinados panos de fundo de silêncio por nós compartilhados em que se assenta (CARVALHO NETTO, 2003) a compreensão sobre qual deve ser o papel do STF no exercício da jurisdição constitucional.

Para delimitar com mais clareza o conceito de abstrativização, necessário debruçar um pouco mais: a) os principais instrumentos utilizados pelo Supremo para o exercício da jurisdição constitucional; b) observar a continuidade do *modus operandi* com que o STF vem operando no julgamento de todos esses instrumentos de forma a balizar a abstrativização. Antes, analisemos como os manuais clássicos examinam o exercício da jurisdição, para marcar as diferenças com o novo desenho institucional traçado pelo Supremo.

4.1.1 A jurisdição segundo os manuais clássicos

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2005), o Estado regula as relações jurídicas por meio de duas ordens de atividades distintas, mas intimamente relacionadas: a legislação, que estabelece as normas gerais e abstratas que irão reger as mais variadas espécies de relações jurídicas, e a jurisdição, cujo objetivo seria a realização prática da legislação em caso de conflitos entre as pessoas.

Afonso da Silva (2005)¹⁷³, nesse sentido, sustenta que o Judiciário tem como característica compor os conflitos entre os particulares, sendo a jurisdição exercida por meio de um processo judicial. A função estatal em análise teria como escopo, portanto, a *formulação* e a “atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação” (MOREIRA, 2007, p. 3), em regra. Assim:

- a) *A formulação da norma da norma concreta (sentença) – fase cognitiva – é o momento em que são reconstruídos os fatos do processo com o objetivo de se estabelecer quais os direitos são reconhecidos às partes. A ordem constitucional exige, como requisito de validade (e legitimidade), que esse momento se desenvolva por meio do contraditório, criando uma série de exigências para o procedimento – que poderá ser o ordinário, sumário ou especial, a depender do meio pelo qual a lei disciplina a sequência de atos processuais.*
- b) *Já a atuação prática da norma representa a própria realização da decisão*

¹⁷³ “De passagem já dissemos que os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama função jurisdicional, ou simplesmente, jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesse ou sistema de composição de lides” (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 500).

judicial no mundo dos fatos. Sempre que se tratar de uma *obrigação*¹⁷⁴ inadimplida, será necessária em regra uma fase de *execução*, em que o Estado substituirá a atividade do devedor e assegurará o bem jurídico pretendido ao credor. Em não sendo possível obter uma tutela satisfativa, idêntica àquela pretendida pelo autor, buscará garantir-lhe o resultado prático equivalente ou, em última análise, o ressarcimento em dinheiro. Nas ações declaratórias¹⁷⁵ e constitutivas, quando estiver em jogo um direito potestativo¹⁷⁶, a simples decisão já é suficiente para alterar a situação jurídica discutida.

Ainda segundo as lições de Barbosa Moreira (2007), na *fase cognitiva* o Estado-juiz depende necessariamente de ser acionado pelo particular para se movimentar (princípio da demanda), o que exige do autor o ajuizamento de uma ação veiculando um pedido¹⁷⁷ e uma causa de pedir¹⁷⁸. Em nome do princípio do contraditório, o réu defender-se-á. Na contestação, em regra, não deduz qualquer pedido, mas apenas defende-se requerendo que a pretensão do autor seja julgada improcedente, muito embora lhe seja possível opor reconvenção, pedido contraposto ou uma defesa indireta. Após o término do procedimento, o magistrado analisará a pretensão deduzida pelo autor, acolhendo-a ou rejeitando-a, total ou parcialmente, sempre atento ao *princípio da congruência* que vincula o pedido do autor ao dispositivo da sentença – exigência que se configura em uma proteção não apenas à parte, mas ao Estado Democrático de Direito, já que estabelece balizas à jurisdição. Por fim, o procedimento em primeiro grau de jurisdição poderá se encerrar, ainda, na hipótese de faltar uma das condições da ação ou dos pressupostos processuais, o que ensejará a sua extinção

¹⁷⁴ Obrigação é expressão utilizada sob vários sentidos. Em sentido estrito, porém, significa o “dever jurídico específico e individualizado, incidindo sobre pessoas determinadas ou determináveis que estipulam relações jurídicas consubstanciadas em prestação de dar, fazer ou não fazer. **Trata-se no dever jurídico de prestação**, particularizado e derivado da lei ou da autonomia privada” (ROSENVALD; FARIAS, 2007, p. 14, grifo nosso).

¹⁷⁵ É possível veicular o reconhecimento do inadimplemento de uma obrigação por meio de uma ação declaratória. Contudo, trata-se de situação pouco usual na prática.

¹⁷⁶ Já o direito potestativo não se relaciona com dever, mas com uma sujeição. “Cuidam-se de relações jurídicas em que uma das partes encontra-se na posição de poder – potestade – e a outra parte, em estado de submissão” (ROSENVALD; FARIAS, 2007, p. 15). Ainda segundo os autores, “o direito subjetivo opõe-se ao dever jurídico; o direito potestativo, à sujeição”. Ademais, tanto no dever jurídico genérico (direitos reais e direitos da personalidade) como no individualizado (obrigação stricto sensu), o titular do direito subjetivo deve obter um comportamento positivo ou negativo da parte contrária (ROSENVALD; FARIAS, 2007), ao contrário do direito potestativo, em que a parte *ex adversa* apenas se submete ao exercício do direito.

¹⁷⁷ “O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder Judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira pretensão processual); a consequência (eficácia) que se pretende ver implementada através da atividade jurisdicional. É, como dito alhures, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir” (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2007, p. 373). Trata-se, ainda, de um dos elementos objetivos da demanda.

¹⁷⁸ “Constitui-se a causa petendi do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado” (MOREIRA, 2007, p. 17).

sem a análise de seu mérito¹⁷⁹.

Proferida sentença, a parte sucumbente poderá utilizar-se do sistema recursal, com o objetivo de possibilitar a revisão dos pronunciamentos judiciais. Haverá, desse modo, um prolongamento da fase cognitiva do processo, até que, por não ser possível qualquer recurso, haja o trânsito em julgado da decisão.

Pois bem. Neste momento não é necessário traçar mais detalhes sobre o regime processual, tais como as hipóteses em que a execução se inicia por meio de um título executivo extrajudicial; a possibilidade do deferimento de tutela antecipada; execução provisória, etc. O que se busca, neste momento, é chamara a atenção para a *contextualização do exercício da jurisdição* (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007), ou seja, o estabelecimento de balizas por meio do qual são assegurados instrumentos para que o Judiciário se desincumba do dever que lhe é imposto constitucionalmente no exercício de seu mister, mas que também o insira em uma relação de controle recíproco entre os Poderes.

Como se observa, todos os autores clássicos do direito processual brasileiro chamam a atenção, cada um à sua maneira, de que a norma geral e abstrata que pautará a atividade do Poder Judiciário é, antes de tudo, aquela oriunda do Parlamento ou, “excepcionalmente”, do Executivo. Está subjacente aos discursos, mesmo que sobre diferentes fundamentações dogmáticas, que haverá um diálogo entre o Judiciário e o Parlamento cuja dinâmica estabelece um controle recíproco e, conseqüentemente, uma pretensão a uma estabilização democrática. São estabelecidas várias exigências procedimentais sobre a validade/legitimidade da jurisdição que cria limitações à atividade do Judiciário no desempenho de sua função e, ao fim e ao cabo, legitimam a atuação do único Poder que pode dizer com definitividade o que é o direito.

A abstrativização, na medida em que desloca a atividade do Supremo para uma atividade prioritariamente normativa, altera esse regime de controle recíproco, já que pende para o próprio Poder Judiciário a preponderância sobre o exercício do controle da atividade jurisdicional. Como se verá, na medida em que o Supremo passa a atuar na ordem objetiva, ou seja, formulando discursos de justificação de normas, sinaliza aos órgãos jurisdicionais, e a todos os atores envolvidos no exercício da jurisdição, olharem primariamente para o STF, e para os Tribunais Superiores em geral, para estabelecerem a direção de suas condutas.

Fundamental ressaltar uma importante diferença entre o *civil law* e o *common law* para

¹⁷⁹ Além das decisões que põem fim à fase cognitiva, é possível que **questões incidentes** sejam resolvidas pelo magistrado, que o fará por meio de **decisões interlocutórias**. Nesse caso, haverá uma bifurcação temporária do procedimento, que correrá tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição.

debater essa atribuição normativa ao Supremo. No sistema inglês e norte-americano, por exemplo, a aplicação do direito pelos Tribunais está assentada, ao menos em tese, na ideia de que sua origem está vinculada a uma prática social. Aos juízes, assim, caberia interpretar o direito que a própria sociedade se atribuiu. O direito de origem romano-germânica, de outro modo, “funda sua legitimidade em uma racionalidade abstrata, muito mais do que na razoabilidade que as decisões detenham para todos os implicados” (LIMA, 2010, p. 30). Presume-se que é da tecnicidade do magistrado de aplicar uma racionalidade abstrata o melhor meio de se encontrar a decisão correta.

Há, no *common law*, ao menos a pretensão de “legitimidade democrática” da origem judiciária do direito. Já a abstrativização, considerando que o Brasil possui forte tradição romano-germânica, segue uma outra dinâmica, em que se torna necessário perguntar-se sobre os riscos do Judiciário se tornar um Poder autorreferente.

Nos próximos itens o objetivo será marcar as descontinuidades do “modelo clássico” de jurisdição com essa nova dinâmica do Supremo, aqui denominada abstrativização, por meio do delineamento dos institutos centrais que marcam a diferenciação entre ambos.

4.1.2 Objetivação do controle difuso: a aproximação/equivalência dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade com o abstrato como mais um instrumento que permite ao STF atuar diretamente na ordem objetiva independentemente do caso concreto.

Assim, parece legítima entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso [...] **A própria decisão da Corte contém essa força normativa.** (MENDES, 2015, p. 55¹⁸⁰).

As ações direta de inconstitucionalidade¹⁸¹ e declaratória de constitucionalidade são classificadas pela doutrina como processos objetivos. Assim, ao menos em tese, não são discutidos interesses subjetivos, já que não há lide, autor ou réu. A jurisdição constitucional debruça-se sobre uma relação entre normas, com o objetivo de examinar a compatibilidade

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes, **DJe**, 21 out. 2004, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

¹⁸¹ Kelsen (2007), mentor intelectual do controle concentrado de constitucionalidade, afirma que as funções estatais dividem-se em legislativa, que importa na criação do direito, e de execução, ou seja, sua aplicação. O problema de que trata a ação direta de inconstitucionalidade seria, exatamente, a regularidade da execução. Para o autor, “legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias” (KELSEN, 2007, p. 125). A formação do direito passaria, assim, da ordem internacional até os atos administrativos mais mezinhos.

vertical dos atos normativos primários (ou, eventualmente, secundários) com a Constituição.

Tradicionalmente, esse exame abstrato e concentrado se contrapõe àquele difuso e concreto, em que a decisão da constitucionalidade de uma norma é verificada incidentalmente, com o objetivo de resolver um litígio: a inconstitucionalidade, assim, encontra-se na causa de pedir da demanda, fundamentando um determinado pedido.

Porém, embora essas sejam as formas de controle mais conhecidas, não são as únicas. Os conceitos de *controle concreto* e *controle abstrato* não estão inexoravelmente ligados ao *controle difuso* e ao *controle concentrado*. Analiticamente, é possível distingui-los da seguinte forma:

- a) o controle concreto de constitucionalidade é aquele realizado, incidentalmente, para a análise de uma lide;
- b) o controle abstrato, de outro modo, volta-se à tutela da compatibilidade vertical de uma norma inferior à Constituição;
- c) o controle difuso, por sua vez, é aquele realizado por vários órgãos;
- d) opõe-se, assim, ao controle concentrado, em que o ordenamento atribui a apenas um determinado órgão a competência para o exercício do controle.

Com efeito, o que a jurisprudência do STF vem construindo é a possibilidade da realização do exercício do controle abstrato de constitucionalidade mesmo quando o processo a ele submetido ostente a natureza subjetiva. Em outros termos, ainda que diante de um julgamento de um recurso extraordinário ou *habeas corpus*, a manifestação da Corte em sede preliminar acerca da constitucionalidade da norma terá os mesmos efeitos atribuídos ao controle concentrado e abstrato.

Consequentemente, se a decisão da lide fará coisa julgada estritamente em relação àqueles submetidos ao contraditório, o posicionamento sobre a compatibilidade vertical da norma será utilizado pelo Tribunal para os demais julgamentos¹⁸². No RE 376.852, Gilmar Mendes asseverou que esse novo posicionamento seria um avanço no sistema de controle de constitucionalidade, fundado na teoria desenvolvida por Peter Häberle, com o objetivo de ampliar a defesa da ordem Constitucional. Veja-se:

Esse novo modelo constitucional traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. **Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.** Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido,

¹⁸² Nos dizeres de Didier Júnior e Cunha (2007, p. 232), “a análise de constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*”.

destaca-se a observação de Härbele segundo a qual a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjettivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo, dotado de uma dupla função, objetiva e subjettiva, consistindo esta última em assegurar o direito constitucional objetivo” (RE 376.852).

Ainda de acordo com o ministro Gilmar, a declaração de inconstitucionalidade no modelo objetivo ou subjettivo devem ser consideradas idênticas, não havendo motivo para atribuir a um o efeito vinculante e a outro não. Exatamente por isso, vem se admitindo o ingresso nos feitos de controle subjettivo de *amicus curiae* – instituto cujo objetivo é aumentar a legitimidade das decisões do STF em controle abstrato.

Gilmar Mendes, nos autos da Reclamação, 4.335 (2014, 135)¹⁸³, explica, ainda, uma diferença entre o que chamou de *controle de interpretação*, em que a súmula vinculante poderia ser utilizada pelo Tribunal para conferir eficácia vinculante às suas decisões, do *controle de constitucionalidade* em sede de RE, em que a simples declaração da Corte já implicaria na invalidação¹⁸⁴ da norma. Para o ministro, apenas na *alínea “b”* do artigo 102, inciso III, o Tribunal analisaria a constitucionalidade da norma e sua manifestação já ostentaria o efeito vinculante; o conhecimento do recurso pelas suas demais hipóteses implicaria o controle sobre a interpretação mais adequada do ordenamento – daí o porquê da utilização da súmula.

Os defensores da objetivação do controle difuso, ao igualarem os efeitos do controle difuso e abstrato, sustentam, ainda, que teria havido a mutação constitucional do artigo 52, X¹⁸⁵, da Constituição da República. O dispositivo, vigente desde 1934, atribui ao Senado a competência para “suspender a execução” de uma norma julgada inconstitucional pelo Supremo, em sede de controle difuso. Com efeito, mesmo que o texto se mantenha o mesmo, a norma extraída pelo Supremo Tribunal Federal ao interpretá-la seria outra: a decisão já ostentaria eficácia *erga omnes* e, assim, competiria ao Senado apenas dar publicidade ao ato.

¹⁸³ “Se Vossa Excelência ler as hipóteses de recurso extraordinário a partir do artigo 102, III, a, b, c, d, Vossa Excelência vai ver que, numa das alíneas, nós admitimos a declaração de inconstitucionalidade, tipicamente a alínea b, são os casos que envolvem declaração de inconstitucionalidade. A maioria dos casos, até impropriamente não dizemos isto, mas, na verdade, nós estamos cansados de saber disto, o controle de constitucionalidade que este Tribunal faz, fundamentalmente, é controle de interpretação. Controle de constitucionalidade de norma constitucional, de norma legal é apenas, a rigor, en passant, é marginal. Todo dia, nós estamos declarando, eventualmente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de interpretação que se dá, majoritariamente, interpretando o quê? O artigo 102, III, alínea a, aplicação do recurso extraordinário nesta parte. Aí, sim, faz todo sentido aplicação de súmula. Evidente, porque firmamos entendimento e a partir daí a súmula. A súmula não exclui; esse argumento não exclui. Isso já tive oportunidade de dizer”.

¹⁸⁴ A modulação dos efeitos das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade fez com que a doutrina repensasse a natureza jurídica da decisão do STF, tratando-a não apenas como uma hipótese de invalidação, que implicaria sua nulidade *ex tunc*, mas, também, como *anulabilidade*.

¹⁸⁵ Art. 52, CF. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O Supremo Tribunal Federal enfrentou todas essas intrincadas questões no julgamento da Reclamação 4.335, ajuizada em razão de decisão que aplicou o artigo 2º, § 2º da Lei de Crimes Hediondos. O dispositivo fora declarado inconstitucional pelo STF em sede de *habeas corpus*, mas ainda assim aplicado por magistrado de primeiro grau. O Tribunal, contudo, apesar de longo debate, não chegou a uma conclusão definitiva sobre a questão, já que a aprovação da Súmula Vinculante n. 26 fez com que o debate perdesse o sentido naquele momento. Veja-se a ementa do julgado:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335. Relator: Min. GILMAR MENDES. Tribunal Pleno. Julgado em: 20 mar. 2014, **DJe**, 21 out. 2014.

O problema, contudo, retornará ao Tribunal, já que também no HC 111840 o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade da imposição do regime fechado a todos os crimes vinculados à lei de tráfico de entorpecentes, mesmo nas hipóteses em que a pena fosse inferior a 8 anos¹⁸⁶. Em havendo afronta a esse entendimento, inexistindo súmula vinculante tratando da matéria, provavelmente a Corte voltará a enfrentá-lo.

Outro tema central ventilado na Reclamação 4334 é a transcendência dos motivos determinantes, outra tese defendida por Gilmar Mendes para reforçar o controle abstrato de constitucionalidade. Segundo o ministro, não apenas o dispositivo da decisão do STF gozaria

¹⁸⁶ EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111840. Relator: Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em: 27 jun. 2012, Processo Eletrônico. **DJe**, 16 dez. 2013.

de efeito vinculante, mas também as suas razões de decidir. Assim, por exemplo, ao julgar inconstitucional uma lei do Estado de Minas Gerais versando sobre uma matéria, não apenas a norma restaria invalidada, como, também, os fundamentos utilizados pelo Tribunal poderiam ser utilizados para justificar a reclamação em face de lei de outra unidade federativa com o mesmo objeto.

A tese foi afastada, ao menos por enquanto, pelo Tribunal¹⁸⁷. Contudo, ela pode retornar, o que não parece absurdo, diante da tendência à ampliação de poderes que o Supremo vem se atribuindo para atuar na ordem objetiva. Mas, ainda assim, como muito bem ressaltado por Sepúlveda Pertence e, em geral, pode-se extrair dos demais votos e dos debates do julgamento da Rcl 4335, já existem diversos instrumentos que permitem a atribuição de efeito vinculante às decisões do STF sem que seja necessário adotar ambas as teorias – mutação constitucional e transcendência dos motivos determinantes –, bem como parece ser indiscutível a feição objetiva que vem se atribuindo ao recurso extraordinário (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2007). Importa-nos, pois, a partir dessa conclusão, marcar uma importante descontinuidade entre os regimes.

Na tradição histórica do controle subjetivo, característica de nosso constitucionalismo desde o seu nascedouro, o Supremo Tribunal Federal atuava efetivamente como corte de apelação, ou seja, julgava novamente a demanda já analisada pelos Tribunais inferiores. Superado os requisitos de admissibilidade do recurso, deveria analisar tanto a legalidade do pronunciamento anterior do órgão *a quo* (*error in iudicando*) quanto seu mérito (*error in procedendo*). Haveria assim um evidente limite à sua atuação, já que estaria afeto ao princípio que é nuclear para o exercício da jurisdição: o princípio da demanda, que vincula o juízo à pretensão deduzida pelas partes.

A aproximação/equivalência de efeitos entre o controle abstrato e o difuso, de outro modo, amplia sobremaneira a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de atuar na ordem objetiva, afastando os requisitos constitucionalmente impostos para que se exerça o controle abstrato de constitucionalidade. Altera significativamente, assim, um dos aspectos centrais do Estado Democrático de Direito, que é o estabelecimento de controle recíproco entre os órgãos e Poderes, já que amplia de forma quase irrestrita a sua competência para exercer o controle, abstratamente, sobre o Parlamento. Com Streck, Oliveira e Lima (2007)¹⁸⁸, esse

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 11477 AgR. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em: 29 maio 2012, Processo Eletrônico. **DJe**, 29 ago. 2012.

¹⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Matonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. **Consulta Jurídica**, 03 ago. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 01 fev. 2016.

posicionamento permite que o STF aja fora do *contexto* estabelecido pela Constituição, atribuindo-se um poder que vai além daquele lhe conferido. Veja-se:

Desta forma, a alegação de que é cabível reclamação contra as “teses” — e não contra os julgados — do STF incorre na imprecisão inerente ao papel das cortes controladoras da constitucionalidade que é o de agirem somente diante de uma situação contextualizada.

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do STF como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. E a importância disso é incontestável, bastando, para tanto, examinar o papel das constituições para a consolidação das democracias no século XX.

O julgamento do caso concreto é, assim, relegado a segundo plano, e o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal é, deliberadamente, voltado à ordem objetiva ou, ao menos, ao *interesse geral da sociedade*, o que será determinado pelo Supremo ao apreciar a “repercussão geral”.

4.1.3 Repercussão geral no recurso extraordinário e a “maximização de sua feição objetiva”. Manifestação irrecurável dos Tribunais a quo sobre matéria submetida à repercussão geral e a mitificação da abstrativização. O papel da organização dos informativos na pretensão do STF de formular uma jurisprudência prioritariamente “normativa”.

Outra mudança significativa no recurso extraordinário, inserida pela Emenda Constitucional 45/2004, é a exigência de repercussão geral para o seu conhecimento. Destarte, aquele que se vale do RE deve demonstrar, em sede de preliminar, além dos requisitos do art. 102, III, CF, que o interesse veiculado no apelo vai além de seu direito subjetivo. A decisão deverá gozar de uma relevância econômica, política, social ou jurídica que justifique a atuação do STF.

Observa-se nitidamente que a mudança encontra-se conciliada à objetivação do controle difuso, como afirma Gilmar Mendes:

Tem-se mudança radical do modelo de controle incidental, uma vez que os recursos extraordinários terão de passar pelo crivo de admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1.237).

O afastamento do requisito em análise pressuporá o voto de 2/3 dos ministros, mesmo quórum para o Tribunal julgar a inconstitucionalidade de uma norma. Por outro lado, caso o Pleno reconheça a repercussão geral de um RE, os Tribunais *a quo* deverão suspender todos os recursos que versam sobre a mesma matéria, bem como julgá-los à luz da manifestação do

Supremo. Fundamental ressaltar que não caberá qualquer meio de impugnação dessa decisão das Cortes locais para o Supremo, inviabilizando que se demonstre que o caso concreto possui circunstâncias fáticas específicas que a distinguem do precedente julgado no STF (*dinstiguishing* ou mesmo o *overruling*).

Está por trás dessa presunção absoluta de que o Tribunal suspenderá e aplicará o entendimento firmado pelo Supremo de forma correta uma mitificação da abstrativização: imagina-se que, realmente, há uma subsunção imediata entre o objeto debatido, em abstrato, pelo Supremo e as especificidades do caso concreto decididos no juízo *a quo*. São nessas filigranas que apresentam de forma mais notória a crença de que será possível controlar o exercício da jurisdição pela atuação normativa do Supremo.

Mas não é só. O STF organiza, desde 2013, a publicação de um informativo em que sistematiza, por tema, todos os recursos em que foi reconhecida a repercussão geral e o mérito do apelo foi julgado. Interessante observar que o meio pelo qual a publicação se organiza está intimamente relacionado à tentativa da Corte de se afastar do julgamento de casos concretos para fixar entendimentos que possuem a *pretensão* de estabelecer normas gerais e abstratas. Assim, por exemplo, julgando recurso em que pensionista de servidor demanda a percepção do benefício integral, por entender fazer jus à regra de transição prevista pela Emenda Constitucional 41/03, o Supremo irá analisar o caso e narrá-lo no informativo. Contudo, explicitará, em negrito, o entendimento formulado, dando evidente destaque não ao caso concreto, mas ao entendimento formulado. Veja-se:

Direito Administrativo; Aposentadorias e Pensões Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC 41/2003, art. 7º), caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005. Não têm, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, I). Discutia-se eventual direito de pensionistas ao recebimento de pensão por morte de ex-servidor, aposentado antes do advento da EC 41/2003, mas falecido após a sua promulgação, nos mesmos valores (critério da integralidade) dos proventos do servidor falecido, se vivo fosse. O Tribunal asseverou que a EC 41/2003 pôs fim denominada “paridade”, ou seja, à garantia constitucional que reajustava os proventos de aposentadoria e as pensões sempre que se corrigissem os vencimentos dos servidores da ativa. A regra estava prevista no art. 40, § 8º, da CF, incluído pela EC 20/1998. A nova redação dada pela EC 41/2003 prevê apenas o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real. Dessa forma, se o falecimento do servidor tiver ocorrido após a vigência da EC 41/2003, os pensionistas não terão direito à paridade. A EC 47/2005 excepcionou a regra de que a pensão regula-se pela lei vigente por ocasião do falecimento do segurado instituidor (*tempus regit actum*). Ela garantiu a paridade às pensões derivadas de óbito de servidores aposentados na forma de seu art. 3º, isto é, preservou o direito à paridade para aqueles que ingressaram no serviço público até 16/12/1998 e que preencheram os requisitos nela consignados. Não estendeu, contudo, o direito à integralidade.

RE 603.580/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20 maio 2015,

acórdão pendente de publicação¹⁸⁹

Como se observa, o trabalho dos assessores do ministro é muito bem feito e narra com clareza o entendimento firmado pela Corte. Mas como essa prática adotada pelos Tribunais altera o modo pelo qual a comunidade jurídica se debruçará sobre o julgado?

Toda decisão judicial deve permitir um diálogo com o passado e uma abertura para o futuro. Esse diálogo se estabelece, por um lado, porque a norma concreta formulada para colocar fim ao litígio deverá estar fundada em norma e em precedentes anteriores ao litígio. Ora, o magistrado está adstrito à utilização de um discurso racional jurídico para formular suas decisões, devendo-se manter, no procedimento argumentativo, um vínculo com o ordenamento em que está inserido.

Por outro lado, a abertura para o futuro se dá em razão do precedente se inserir em uma cadeia de julgados cujos entendimentos orientarão a prática jurisdicional futura, na medida em que deverão ser levadas em conta pelos próximos julgadores – mesmo que venham a superar o entendimento formulado¹⁹⁰.

Com efeito, o meio pelo qual se organizam os informativos em análise retiram do precedente os aspectos fáticos que o fundamentaram para ressaltar a norma que decorre de seu julgamento. Em sua abertura para o futuro, o caso concreto que deu fundamento à norma ficará relegado à segundo plano, priorizando-se a construção da jurisprudência a partir de enunciados. Mais uma vez, mesmo quando o Supremo Tribunal Federal se debruça sobre um recurso de feição evidentemente subjetiva, seu escopo é atuar na ordem objetiva.

4.1.4 A Súmula vinculante (SV) e a abertura constante à normatização dos entendimentos firmados pelo STF – tanto em sede de “controle de constitucionalidade” quanto em “controle de interpretação”

As súmulas, em geral, são enunciados interpretativos que sintetizam o entendimento de um determinado tribunal. Segundo Tavares (2007, p. 364), elas são instrumentos à disposição dos Tribunais para fixar as interpretações possíveis de um texto legal:

O papel da súmula seria o de fixar uma dessas interpretações possíveis (grifo meu), a partir de um texto normativo prévio, excluindo as demais. Mas sempre a partir desse elemento inicial de restrição à atividade judicial válida posterior. O STF tem limitado seu campo ao preceito sobre o qual se constrói a súmula. Não pode ir além dele. Portanto, e por idênticas razões, não se poderiam admitir súmulas *contra legem* ou *extra legem*.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral**: boletim nº 5. Brasília, 2 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoRG/anexo/Repercussao_Geral_5_internet_weblinks.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015.

¹⁹⁰ A ideia geral destes parágrafos é inspirada na obra de Dworkin (2011).

Haveria, segundo o autor, a criação de direito; contudo, ela estaria “amarrada” ao conteúdo da lei. Com efeito, não haveria que se falar em afronta à separação dos Poderes, já que o Judiciário preencheria os espaços vazios (TAVARES, 2007) deixados pelo Legislador. A criação de direito se daria, portanto, a partir da atividade legislativa. Ademais, a súmula, assim como a lei, deverá necessariamente ser interpretada para ser aplicada, exatamente em razão de seu caráter geral e abstrato.

A diferença entre as súmulas *lato sensu* e aquela dotada de caráter vinculante seria a obrigatoriedade das instâncias ordinárias, a Administração e mesmo os demais Tribunais Superiores de seguirem o entendimento firmado pelo Supremo, sob pena do cabimento de reclamação. Exatamente por isso afirma Ramos Tavares que o instituto deve ser entendido como um “processo objetivo típico (embora com certas particularidades), que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante)” (TAVARES, 2007, p. 372).

A súmula vinculante é o ponto alto da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, mas não representa apenas isso. A partir do tripé repercussão geral, objetivação do controle difuso e súmula vinculante, o STF debruçar-se-á sobre as ações subjetivas que lhe são submetidas prioritariamente com o objetivo de: a) julgar a compatibilidade vertical de uma norma; b) fixar entendimentos por meio de súmulas vinculantes; c) ou, mesmo sem editar súmula vinculante, organizar sua jurisprudência por meio de “enunciados”, como se dá em relação aos informativos da repercussão geral. Tudo isso relembrando que o recurso extraordinário, historicamente o principal meio de acesso ao STF, somente será conhecido se comprovar que veicula interesse econômico, político, jurídico ou social que extrapole o direito das partes.

Importante insistir na especificidade da SV. O instituto permite que a Corte atribua eficácia vinculante às suas decisões mesmo quando o objeto de seu pronunciamento não seja a compatibilidade vertical de uma norma. Em outros termos, se a objetivação do controle difuso permite que sua decisão preliminar acerca da constitucionalidade de uma norma ostente a mesma natureza da ADI, a súmula vinculante vai além: independentemente do instituto a ela submetido estar em sua competência originária (artigo 102, I) ou recursal (artigo 102, II e III), será sempre possível torná-la obrigatória ao Poder Judiciário e à Administração.

Para concluir essa breve explicação sobre a súmula vinculante, necessário ressaltar dois aspectos ainda importantes de serem mencionados. Em primeiro, a iniciativa das súmulas vinculantes é atribuída a terceiros ou aos próprios ministros, bastando que seja reconhecida a

reiteração da matéria a ser disciplinada. A SV 01¹⁹¹, por exemplo, teve seu impulso inicial o requerimento do ministro Sepúlveda atribuído Pertence, diante dos sucessivos debates da Corte em torno dos critérios de correção das contas vinculadas ao FGTS. Por fim, observa-se que das 53 (cinquenta e três) súmulas vinculantes editadas desde 2007, 27 (vinte e sete) delas o foram no período de 2008 a 2010, ou seja, durante a presidência do ministro Gilmar Mendes (súmulas vinculantes 04 a 31). Caso a estatística se mantivesse, teríamos hoje 94 súmulas. Essa perspectiva não pode ser ignorada, especialmente diante da rápida aceitação pela comunidade jurídica sobre o discurso da abstrativização.

4.2 O mandado como mais um instrumento a serviço da abstrativização

4.2.1 O Mandado de Injunção 670: incorreta análise da jurisprudência do Supremo desenvolvida por Gilmar Mendes, naturalizando o radical rompimento da abstrativização; aceitabilidade do argumento de que o direito deve se sobrepor à política em “casos difíceis”; o recurso à normatividade da Constituição como instrumento para a ampliação de poderes do STF; dissociação da atividade jurisdicional em normativa (STF) e de aplicação (demais instâncias).

Entre os anos 2006 e 2007, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma série de julgados que alterariam o posicionamento da Corte sobre o Mandado de Injunção. O MI 670/ES foi levado ao plenário do STF em 15.05.2003, pelo ministro Maurício Correia, que manteve remansoso posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Conhecendo do *writ*, deu-lhe provimento para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da norma prevista no artigo 37, inciso VII da Constituição da República.

Em seguida, o ministro Gilmar Mendes pediu vista, tendo o julgamento prosseguido em 07.06.2006, quando Eros Grau também apresentou ao plenário seu voto no Mandado de Injunção 712/PA. Naquela sessão, em razão de vista pedido pelo ministro Lewandowski o julgamento fora adiado. Entre o julgamento final dos precedentes, Mendes apresentou ao plenário seu voto no MI 708/DF, com o mesmo objeto. Desse modo, o direito de greve dos servidores públicos foi tratado em três *writs*, em que o essencial da discussão sobre a matéria foi reproduzido nos respectivos acórdãos.

Diferentemente do que foi feito até aqui, o MI 670/ES, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, será analisado com mais detalhes, já que representou, juntamente com o MI 712, o

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 1**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_01_02_03_Debates.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

novo paradigma adotado pela Corte. Mais que isso, todos os argumentos que fundamentam a dinâmica aqui denominada abstrativização são apresentados, especialmente no voto do relator Gilmar Mendes, principal defensor da abstrativização.

Mendes inicia seu voto resgatando, na jurisprudência do STF, precedentes que trataram do mandado de injunção, bem como do direito de greve dos servidores públicos. Em relação ao *writ*, debruçou-se, naturalmente, sobre o MI 107/DF. Após fazer breve menção às suas principais características, chama atenção para três aspectos do *decisum*: a) a atribuição de idênticos efeitos ao mandado de injunção e à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão¹⁹². Assim, ressalta Mendes, “também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*¹⁹³”; b) ademais, a omissão inconstitucional reconhecida pelo Supremo tanto poderia se referir a uma omissão parcial quanto total; c) o STF poderia adotar medidas cautelares para assegurar o direito do impetrante enquanto não sobreviesse a legislação respectiva.

Em seguida, procurou demonstrar que o Supremo Tribunal Federal teria evoluído na aplicação do *writ*, pois, superado o posicionamento inicial, teria proferido decisões “normativas” em sede de mandado de injunção, mesmo que “provisórias”, em que a parte teria seu direito assegurado pelo juízo competente, a partir da manifestação do STF. Fez menção expressa aos MI 232 e 283. Relembre-se, contudo, que em ambos, ao contrário do que afirma Gilmar Mendes, as decisões proferidas pelo STF: a) foram satisfativas; b) não foram normativas, já que deferiram exatamente a pretensão deduzida pelos autores em juízo, em absoluto respeito ao princípio da congruência.

Há, portanto, evidente intento do ministro em demonstrar uma continuidade do posicionamento que será adotado a partir do MI 670, sempre em nome da efetividade da Constituição. Contudo, na verdade, o que se opera é uma radical transformação, em que o STF deixa de exercer a jurisdição pautada no julgamento de casos concretos para atuar na esfera normativa. Seria possível à Corte, por exemplo, afastar o recurso constante aos

¹⁹² Desde 1989, Calmon de Passos já advogava posicionamento contrário. Ora, o mandado de injunção está situado no capítulo dos direitos individuais e coletivos, tendo sido pensado como proteção ao direito subjetivo, não à ordem objetiva. “Ele (o mandado de injunção) figura ao lado de outras garantias constitucionais tradicionais, no capítulo que diz respeito aos direitos e deveres individuais e coletivos. É um remédio que nossa Carta Magna defere ao cidadão, para defesa de sua esfera jurídica, ao lado de outros já tão nossos conhecidos [...] Assim, a primeira conclusão que retirei é a de que não foi pensado para tutela do direito objetivo, como instrumento de garantia da efetividade da ordem jurídica de modo imediato, sim como instrumento de tutela do direito subjetivo, só mediatamente servindo ao direito objetivo, sem prejuízo da existência de remédios de direito objetivo com igual ou análoga finalidade, como já previsto para outras situações [...]” (PASSOS, 1991, p. 80).

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar. Tribunal Pleno. Julgado em: 25 out. 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 out. 2008, p. 21.

instrumentos processuais ou à não autoaplicabilidade das normas constitucionais para adotar o entendimento firmado nos MI 232 E 283, “concretista individual”. Nesse caso teríamos, sem dúvida, uma continuidade em nome do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e do pronunciamento do Supremo.

O salto operado no âmbito da jurisprudência do STF é, definitivamente, um rompimento de paradigma, em que a ideia tradicional da “jurisdição” será totalmente ressignificada. Gilmar Mendes procura, com absoluto êxito, neutralizar essa radical mudança, mas é fundamental que se problematize sua dimensão. É substancialmente diferente igualar os efeitos da ADIO e do *writ* quando, em ambos, não se reconhece efeito algum. Do mesmo modo, a Corte não deferiu soluções provisórias aos impetrantes, mas lhes assegurou o bem jurídico pretendido, na exata dimensão de seu pedido, enquanto, a partir deste precedente responderá à impetração com uma norma geral e abstrata – que não necessariamente implicará no gozo, pelo particular, do bem da vida por ele pretendido.

Especificamente em relação ao direito de greve, ressaltou Mendes que o Tribunal sempre se limitara a reconhecer a mora legislativa, embora o ministro Velloso, que se filiava à teoria concretista em sede de mandado de injunção, tenha buscado assegurar tal direito aos impetrantes com base na lei de greve do serviço privado.

Estabelecido o resgate histórico, Mendes se utilizará de outro argumento reiteradamente trazido pelos Ministros do STF para justificar a atribuição de efeitos *erga omnes* ao *writ*: a falta de vontade política de ambas as partes – sindicatos e Poder Público – em regulamentar os movimentos paredistas, ensejando vazio normativo representativo de verdadeira “exceção ao Estado de Direito”. *In verbis*:

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

O quadro de “selvageria” decorrente da omissão dos Poderes Legislativo e Judiciário, prossegue Mendes, acabaria por resultar episódios como a greve dos controladores de voo, em que a ausência de regulamentação teria trazido prejuízos “irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.”

Dois temas da mais alta relevância devem, portanto, ser analisados a partir das transcrições supra: o objetivo buscado pelo MI 670/DF seria, apenas, assegurar o direito de

greve dos servidores públicos? Ademais, seria possível extrair a legitimidade do STF para legislar sobre a matéria em razão das dificuldades enfrentadas no processo legislativo para encerrar uma solução democrática?

O discurso de proteção aos usuários do serviço público foi a tônica do voto do Ministro Eros Grau, no Mandado de Injunção 712/PA. Para o ministro, enquanto a greve no setor privado representaria o dissídio entre os “interesses privados egoísticos” do capitalista e os trabalhadores hipossuficiente, os movimentos paredistas no serviço público colocariam frente a frente a sociedade *versus* os grevistas. “Vale dizer: a greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público”¹⁹⁴.”

Por outro lado, de forma menos sofisticada que o ministro Gilmar Mendes, Pertence também analisou as dificuldades inerentes ao processo legislativo. Afirmou o ministro, sobre o tema, que os impasses sobre atividade parlamentar poderiam ser de tal envergadura que inviabilizariam a edição de leis. Sugere, portanto, que em tais circunstâncias competiria ao Supremo Tribunal Federal atuar com o objetivo de dar efetividade aos mandamentos constitucionais. *In verbis*:

[...] muitas vezes, a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; **é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita**. E isso é do jogo democrático. Isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático [...] Algumas vezes, o papel do Supremo Tribunal, se não é de protagonismo legislativo, é, no entanto, de acicatar aos poderes políticos para o dever de dar efetividade à Constituição.¹⁹⁵ (Grifo nosso)”

Nesse sentido, Rui Medeiros, citado em diversas passagens por Mendes, também afirma que a crise das instituições democráticas, ao lado do esgotamento do paradigma liberal, é uma das razões que justifica o alargamento dos poderes normativos das Cortes Constitucionais. Veja-se:

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal¹⁹⁶.”

Mendes, buscando fundamentar a legitimidade da atuação normativa das Cortes

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/PR. Relator: Ministro. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgado em: 25 out. 2007, **DJe**, 30 out. 2008.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670/DF. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 25 out. 2007, **DJe**, 30 out. 2008, p. 127.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670/DF. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em: 25 out. 2007, **DJe**, 30 out. 2008, p. 38.

Constitucionais, também faz menção às lições de Augusto Martin de La Vega, para quem, na Itália, o uso frequente das sentenças normativas pode ser explicado por três razões: uma Constituição com forte carga programática; a presença marcante de autoritarismo em períodos importantes da história e a ineficácia do Parlamento.

Gilmar Mendes, também com base em Rui Medeiros, traz outra importante construção doutrinária para justificar a teoria concretista geral. Segundo o autor, o poder normativo atribuído às Cortes Constitucionais, alargado no paradigma social, não se inseriria em uma função substancialmente criativa (*ex nihil*). Situar-se-ia, de outro modo, tão somente na extração de um *quid iuris* do qual o próprio legislador já estaria vinculado. Sustenta que existiriam dois critérios distintos que justificariam a normatização (ou prolação de sentenças normativas) criada pelo órgão de controle, daquela atividade tipicamente parlamentar.

Em primeiro lugar, há situações em que as decisões modificativas de um Tribunal se limitariam a, unicamente, complementar a escolha política oriunda do Poder Legislativo, “*de modo que em princípio o legislador não desdenharia*”¹⁹⁷. A outra hipótese seria aquela que Mendes denominou de “*solução constitucionalmente obrigatória*.” Tratar-se-ia de situação em que a Constituição não abre a possibilidade de o legislador criar ou não o direito. Sua competência estaria limitada, então, a discipliná-lo, já que a sua criação é impositiva. Exatamente nessa última hipótese se situa o direito de greve dos servidores públicos¹⁹⁸.

Apesar das afirmações de Mendes, de que o Tribunal não estaria exercendo uma função normativa – argumento também utilizado pelo ministro Eros Grau no Mandado de Injunção 712/PR –, não é necessária qualquer análise doutrinária mais sofisticada para dizer o contrário. São os próprios Ministros que possuem absoluta consciência que estão “editando” norma geral e abstrata, por meio da ponderação de valores morais, éticos e políticos, em típico argumento de justificação.

Nesse sentido, discutem longamente quais os artigos da Lei 7.701/88 devem ser aplicados; regulamentam a competência para analisar futuros dissídios de greve; e, por fim, após longo debate, Sepúlveda Pertence reconhece que a atividade legislativa é realmente “muito difícil”, e, por isso, pede paciência de seus pares com o Congresso Nacional. Mesmo infringindo as regras da ABNT, pedimos vênias para destacar, *in verbis*, a fala do ministro:

“De qualquer maneira, a discussão está mostrando que o tribunal deve ser

¹⁹⁷ Ibid., p. 39.

¹⁹⁸ “[...] evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve [...] Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, pode tão-somente dispor sobre a adequada configuração de sua disciplina.

menos severo quando condenar a mora do legislador. Legislar é muito difícil¹⁹⁹.” (Grifo nosso)

Em sua conclusão, Mendes acrescenta ao panorama acima traçado que seria preciso superar o modelo Kelseniano de que a função da Corte Constitucional seria apenas de “legislador negativo”. As inúmeras hipóteses de omissões inconstitucionais, totais ou parciais, imporiam às Cortes o dever de utilizar os instrumentos de que dispõem para assegurar a força normativa da Constituição, superando modelo liberal de separação dos poderes. Mas, ressalta, não defende com isso um protagonismo do STF na esfera legislativa, e, sim, a defesa da *normatividade da Carta Política*, cuja vinculação estende-se a todos os Poderes da República.

Propõe, para o “caso concreto” em análise, que sejam aplicadas as Leis 7.701/88 e 7.783/89, com (uma série) de adaptações, assegurando-se, desse modo, a todos os servidores públicos o exercício do direito de greve. Por fim, estabelece regras de competência para que os órgãos do judiciário inferiores possam analisar os dissídios de greve com base na normatização geral criada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja autoridade seria mantida por meio de reclamações.

Analisando o voto e a doutrina de Mendes, bem como suas participações durante o debate dos MI 670/708/712, percebe-se que a fixação da competência para o julgamento dos dissídios de greve, *in concreto*, mantém uma coerência cartesiana com sua tese sobre a abstravização. O ministro tem absoluta consciência de que o Tribunal, ao dotar suas decisões com efeito *erga omnes*, atuará como “produtor” de normas gerais e abstratas com as quais as instâncias inferiores analisarão, *in concreto*, os dissídios de greve. O STF tutelar a ordem objetiva, como, no seu entender, é a atribuição do órgão segundo a Constituição de 1988. A especificidade é que está subjacente ao controle da omissão inconstitucional, total ou parcial, a edição de normas que suprimirão a suposta “anomia”.

Haverá, portanto, nítida dissociação: o Supremo não julgará o mandado de injunção, mesmo que a ação constitucional deduza em juízo direito subjetivo da parte. Utilizará do *writ* para disciplinar, em abstrato, a omissão inconstitucional. Competirá ao Tribunal justificar as normas gerais e abstratas por ele criadas e, às instâncias ordinárias, aplicar ao caso concreto o que fora determinado pelo Supremo Tribunal Federal. Mas, evidentemente, não apenas o regramento oriundo da Corte, já que as normas criadas pelo STF têm como especificidade, apenas, a sua origem, bem como a possibilidade do ajuizamento de reclamação para a defesa

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em: 25 out. 2007, **DJe**, 30 out. 2008, p. 164.

de sua “autoridade”. A sua aplicação será, como as demais, apenas *prima facie*. A composição do caso concreto, ou seja, o juízo de aplicação, deverá considerar todas as demais normas do ordenamento que reclamam aplicação.

Subjacente ao discurso encontra-se, ainda, a ideia de eficiência na prestação jurisprudencial. Caso o Supremo Tribunal Federal analise todos os mandados de injunção em que for legitimado passivo o presidente da República ou o Congresso Nacional, a Corte se transformaria, segundo Sepúlveda Pertence, em uma repartição da Justiça Trabalhista.

Conclui-se, no presente tópico, que o Supremo Tribunal Federal não mais problematiza sobre sua abdicação de atuar diante do caso concreto, tornando-se lugar comum que à Corte competiria tutelar a ordem objetiva. Internalizou-se na prática do Tribunal que não lhe compete exercer a jurisdição, ou seja, assegurar direitos no caso concreto, o que seria supostamente atribuído, pela Constituição de 1988, somente às instâncias ordinárias.

Compete à doutrina, portanto, analisar duas questões centrais sobre a atual postura do Supremo Tribunal Federal: em primeiro lugar, é legítima a atuação da Corte? Sob quais condições? Quais suas implicações no processo democrático? Em segundo lugar, a edição de mais normas gerais e abstratas protege, efetivamente, direitos fundamentais?

4.2.2 A natureza abstrativista da tutela deferida no MI 721 e seus conseqüências. Da inadequada confusão entre a limitação dos efeitos às partes e a adoção da teoria concretista individual

O MI 721 foi impetrado por servidora do Ministério da Saúde que, por exercer sua profissão supostamente em condição insalubre desde 1986, demandou ao Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 40, §4º da Constituição, lhe fosse assegurada a concessão do direito à aposentadoria especial, por meio do suprimento da mora legislativa em regulamentar a matéria.

Observa-se nitidamente, por essa breve descrição, que todos os elementos da demanda estão presentes. Em primeiro lugar, um pedido determinado: a concessão da aposentadoria especial. A pretensão da autora nasceria da afronta, pela Administração Pública, ao direito constitucional assegurado aos servidores públicos pelo artigo 40, § 4º, da Constituição. Caracterizada, portanto, igualmente, sua causa de pedir.

Nesse sentido, muito embora o ministro relator Marco Aurélio tenha afirmado adotar a teoria concretista individual no julgamento do MI 721, o que se observa é que, mesmo estando os efeitos da decisão limitados às partes, o Tribunal não julga a pretensão da autora assegurando-lhe, ou não, o gozo da aposentadoria especial. Em outros termos, a conclusão do

juízo não atribui, ou nega, à demandante o direito que, segundo ela mesmo aduz, a Administração lhe teria afrontado.

De outro modo, o dispositivo da decisão tem como objetivo suprir a omissão inconstitucional e, reconhecendo o direito dos servidores públicos em abstrato à aposentadoria especial, estabelecer quais normas deverão ser aplicáveis nas demais demandas que veiculam pretensão idêntica à da autora. Veja-se:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral** - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (Grifo nosso).

Observando-se atentamente o voto do ministro Marco Aurélio, relator do feito, a princípio estaria incorreta a conclusão ora pronunciada, pois ele afirma peremptoriamente que a decisão por ele proferida faria lei apenas entre as partes, com o objetivo de viabilizar o exercício do direito deduzido em juízo. Veja-se:

Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, o suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.

Mais que isso, aduz que o Poder Judiciário não estaria tutelando a ordem objetiva e, por isso, não haveria invasão da competência do Poder Judiciário na esfera legislativa – argumentação que, em 2015, apenas oito anos após a decisão, seria desnecessária, exatamente porque a abstrativização naturalizou-se de tal forma no direito brasileiro que o problema central enfrentado por Marco Aurélio naquele momento, que lhe demandou o maior número de fundamentos, hoje sequer necessita justificativa.

Contudo, observe que, na realidade, a causa de pedir da autora – a ausência de regulamentação do direito por ela pretendido – foi julgada como se pedido fosse. Em outros termos, interpretou o Supremo que a demandante teria ido a juízo não para ver reconhecido seu direito à aposentadoria especial, mas para que o Tribunal suprisse a omissão em abstrato.

Levando o argumento do STF à última instância, cada um dos impetrantes do mandado de injunção estaria veiculando pedido ao Judiciário não em busca da proteção de um direito seu efetivamente violado, demandando o seu reconhecimento e (eventual) execução pelo Poder Judiciário. De outro modo, atuariam como verdadeiros legitimados extraordinários de uma determinada coletividade, na tentativa de suprir geral e abstratamente a própria omissão.

Exatamente por isso o Plenário autorizou todos os ministros a reproduzir o inteiro teor do julgado monocraticamente, sem a necessidade de levar a questão para o Pleno, o que ensejou uma enxurrada de decisões do Tribunal, todas com o mesmo conteúdo, e, em seguida, a edição da Súmula Vinculante 33.

Ora, a reprodução monocrática do entendimento firmado no MI 721 é uma decorrência direta do processo de abstrativização que vem se afirmando no presente artigo: na medida em que o STF não analisará o caso concreto, simplesmente reiterará a norma já fixada que suprirá a omissão inconstitucional, a atribuição de efeitos *inter partes* ao julgado não altera o real conteúdo e objetivo do julgado: suprir, geral e abstratamente, a omissão do legislador. Exatamente nesse sentido o voto do ministro Eros Grau²⁰⁰, que conclui:

A este Tribunal incumbirá – permito-me repetir – se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, **definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo**, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador.

No caso, a impetrante solicita seja julgada procedente a ação e, declarada a omissão do Poder Legislativo, determinada a supressão da lacuna legislativa mediante a regulamentação artigo 40 § 4o, da Constituição do Brasil, que dispõe a propósito da aposentadoria especial dos servidores públicos.

Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito abstrato, abstrato, genérico e inovador tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico e não se dá para um só.

No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial (Grifo nosso).

Abstraindo-se a evidente contradição entre os fundamentos dos votos dos ministros Eros Grau e Marco Aurélio, observa-se que o resultado prático de ambos os julgados é o mesmo: a elaboração de parâmetros que “hão de ser definidos por esta Corte de modo geral e abstrato, para regular todos os casos análogos”. Não há que se falar, em hipótese alguma, da adoção da teoria concretista individual. De outro modo, considerando que ambos os precedentes guardam muito mais similitudes que diferenças, preferível denominá-los de

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721-7. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

“mandado de injunção abstrativista” ou qualquer outro *nomen iuris* que represente a real natureza do novo instituto.

4.2.3 Das reais diferenças entre o MI 670 e o 721

Se, em nenhum dos mandados de injunção, o STF se pronunciará sobre o caso concreto, utilizando-se do *writ* para suprir a omissão inconstitucional reconhecida, há, por outro lado, diferenças importantes entre os precedentes paradigmas.

O efeito vinculante atribuído ao MI 670 é um ponto levantado pela doutrina e, sem dúvida, deve ser lembrado, já que permitirá ao servidor público manejar reclamação diretamente no STF para discutir a lesão ao direito de greve.

Contudo, essa diferença apresenta diminuta importância, até porque o STF pode, a qualquer momento, editar súmula vinculante e, assim, dotar o seu entendimento desse efeito, exatamente como se deu em relação ao MI 721. O que efetivamente distancia um precedente de outro é a natureza do direito disciplinado e, principalmente, o potencial de efetivação de direito que traduzem.

O julgamento do MI 721, com sua posterior conversão em súmula vinculante, ensejou sem dúvida alguma o reconhecimento de direitos aos servidores beneficiados pela decisão, já que a decisão do STF é impositiva: o Poder Público deverá, necessariamente, analisar os requerimentos deduzidos por aqueles que se sentirem lesados, à luz da legislação que, segundo o STF, é aplicável ao caso: o artigo 57 da Lei 8.213/91, disciplinada no âmbito da União por meio da Orientação Normativa n. 16, de 23 de dezembro de 2013 – e, no âmbito das demais unidades federativas, dezenas de milhares de outras regulamentações.

Há, portanto, no caso da aposentadoria especial do servidor público um posicionamento cujo efeito *tende* a propiciar uma maior efetivação de direitos. Ou, nos dizeres de Luhmann (1985), uma ampliação das perspectivas da generalização de expectativas normativas, já que a Administração deverá necessariamente reconhecer, em abstrato, o direito à aposentadoria especial. Muito embora seja fundamental ressaltar que só a decisão do Supremo não basta: o titular do direito necessitará da Administração e/ou das instâncias ordinárias do Judiciário para ter o direito reconhecido.

Já a adoção de um entendimento abstrativista para disciplinar o direito de greve enseja situação ainda mais complexa, especialmente quando analisada do ponto de vista da efetivação de direitos fundamentais.

O ministro Gilmar Mendes apresenta a complexa questão já no início de seu voto, quando explicita que, ao disciplinar o direito de greve dos servidores públicos, terá dois

objetivos: assegurar a constitucionalidade do direito e, igualmente, acabar com a “selvageria” decorrente da falta de disciplina legal. Fica claro, portanto, que não se busca apenas assegurar o direito de greve, mas estabelecer as balizas com que ele será exercido, ponderando-o com o princípio da continuidade do serviço público.

Exatamente por isso Mendes atém-se às normas que disciplinarão as hipóteses de greve nos serviços públicos essenciais, buscando assegurar que o direito dos usuários não seja lesado por movimentos paredistas. O discurso, sempre, é o da *ponderação de interesses*.

Com efeito, se, em relação ao direito da aposentadoria especial, a perspectiva de efetividade de direitos é mais ampla, para o direito de greve dos servidores públicos não é possível fazer qualquer afirmação peremptória, já que, ao regulamentar, necessariamente, também o limitou. E, aparentemente, o limitou mais que o garantiu – muito embora apenas diante do caso concreto será possível uma conclusão definitiva.

Até 2007, os mandatários do Poder Público, e mesmo o Judiciário, tinham enorme parcimônia em se adotar, no serviço público, o dispositivo da lei de greve da iniciativa privada que permite o corte de ponto dos trabalhadores grevistas. A partir de então, a prática – que é sem dúvida a mais eficaz para limitar movimentos paredistas – encontra-se absolutamente institucionalizada: não cortar o ponto de grevistas é passível, inclusive, de responsabilização do respectivo ordenador de despesas – muito embora seja admissível a compensação das jornadas.

4.3 Problematicando alguns aspectos relevantes da abstrativização

4.3.1 A abstrativização e integridade do ordenamento: seus limites e possibilidades em assegurar o respeito às decisões do STF.

O problema da integridade do direito (DWORKIN, 1999)²⁰¹ é, sem dúvida, um tema central do constitucionalismo, independentemente das diversas formas com que distintas vertentes teóricas tratam da questão. No Brasil, sua extensão continental, sua forma federalista de Estado, a ausência de um instituto como o *stare decisis*, os sucessivos rompimentos institucionais, a falta de diálogo não apenas de um Poder com os demais, mas internamente dentro de cada *branch*, e, especialmente, a desigual distribuição de direitos que compõem um conceito material de cidadania (HOLSTON, 2013) tornam o tema um ainda mais relevante.

Dentro de sua complexa teoria do direito, Dworkin trata propõe um conceito de integridade que em que insiste que “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo desenvolvimento [...]. O princípio jurídico de integridade instrui os juizes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 1999, p. 272-273).

Dentro da importante parcela de responsabilidade que, nesse contexto, é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, é fundamental que se busque uma maior coerência das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

A abstrativização, nesse contexto, vem sendo o caminho do STF para racionalizar o exercício da justiça e imprimir uma maior uniformidade às suas manifestações. Não por acaso praticamente todas as decisões de grande relevância proferidas pelo Tribunal voltaram-se à tutela objetiva da ordem constitucional. A estratégia, guardadas as evidentes especialidades, vem sendo estendida aos demais Tribunais. O acesso ao STJ, nesse sentido, vem sendo disciplinado pelos chamados recursos repetitivos (artigo 543-C, CPC); o novo código de processo civil positivará instituto denominado *incidente de resolução de demandas repetitivas*, entre outros.

Tem como um de seus principais instrumentos a utilização do efeito vinculante, que impõe à Administração e ao Judiciário o dever de cumprir as decisões oriundas do Supremo, sob pena de reclamação. Essa delimitação dos destinatários da norma pode ser observada por um duplo aspecto. Em primeiro lugar, ela fomenta a prática, em todas as instâncias estatais, da tentativa de dar cumprimento às decisões do Supremo. Há o reforço do papel institucional do órgão e a criação de uma *cultura* de que suas manifestações devem ser observadas. Por outro, se toda decisão necessita ser interpretada, notadamente quando assume o caráter normativo, em algum momento a matéria deverá ser interpretada pelo órgão de primeira instância, bem como poderá retornar ao STF – o que comumente ocorre – para que se manifeste novamente sobre a matéria.

É fundamental compreender, assim, as possibilidades, mas, também, os limites da estratégia. A edição de uma norma tem a pretensão de reduzir das expectativas normativas presentes em uma sociedade hipercomplexa (NEVES, 2011), na medida em que o sistema jurídico seleciona e traduz a partir de sua própria racionalidade a complexidade do ambiente²⁰². Assim, e.g., havendo conflito entre fumantes e não fumantes, a lei que proibiu o uso do tabaco em lugares fechados em todo o Brasil aparentemente obteve êxito em seu intento, já que os usuários do cigarro, mesmo que a contragosto, deixaram de utilizá-lo nesses ambientes.

²⁰² O sistema não tem capacidade de apresentar uma variedade suficiente (*requisite variety: Ashby*) para responder, ponto a ponto, à imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio. Assim, **o sistema requer o desenvolvimento de uma disposição especial para a complexidade, no mesmo sentido de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se a si mesmo**. Por isso surgiu a expressão *redução de complexidade*, no que se refere à relação do sistema com o meio, mas também consigo mesmo, principalmente quando se tratava de compreender as instâncias de racionalidade, as agências de planejamento localizadas dentro do próprio sistema. (LUHMANN, 2010, p. 179, grifo nosso).

Contudo, a edição da norma é apenas o primeiro momento de seleção das expectativas normativas, e ele pode ser exitosa ou não (NEVES, 2011). É o que se deu, por exemplo, com a edição da Súmula Vinculante 33, oriunda do julgamento do MI 721. No caso, o reconhecimento do direito dos servidores públicos à aposentadoria especial trouxe literalmente uma enxurrada de ações na justiça questionando toda a regulamentação promovida no âmbito de cada uma das unidades federativas – União, estados, DF e Municípios –, uma vez que o regime jurídico dos servidores públicos é competência privativa de cada ente. Mas não é só. Cada carreira – médicos, enfermeiros, policiais, etc. – veio a questionar os parâmetros da aplicação normativa, impugnando individualmente a existência ou não, por exemplo, das situações de periculosidade/insalubridade.

Em tais circunstâncias, exige-se a atuação das instâncias ordinárias do judiciário, bem como de uma série de outros órgãos para que, por meio de um controle recíproco entre produção e aplicação da norma, o sistema permita novamente a estabilização generalizada das expectativas normativas.

Observe-se que, em uma “situação normal”, será a relação de controle estabelecida reciprocamente entre Judiciário e Parlamento que se buscará construir uma nova estabilização das expectativas normativas. Nos casos em que as normas provêm do próprio Judiciário, o Supremo ocupará dois polos, o de emissor da norma e de controlador da aplicação, correndo-se o risco de um evidente déficit democrático.

Mas não é só. Uma norma, mesmo que venha a disciplinar uma determinada situação com êxito, necessariamente amplia os elementos do sistema, tornando-o mais complexo. Relembre-se que, em Luhmann, as estruturas cumprem a função de limitar as possibilidades de comunicação, aliviando – mas jamais controlando – as expectativas em torno das operações sistêmicas. Mas cada novo elemento amplia a possibilidade de comunicação, gerando nova pressão seletiva.

Assim, por exemplo, se os trabalhadores do Transporte Urbano do Distrito Federal (DFTRANS) inicialmente não estavam abrangidos pela norma, podem, caso passem a exercer suas funções nos pátios de automóveis, e submentidos à poluição daí resultante, reabrir as discussões em torno de seu âmbito de incidência. Caso venham a restar vencedores, os servidores do Departamento de Trânsito do Distrito Federal (DETRAN/DF) podem ser os próximos demandantes e assim sucessivamente.

Não é possível imaginar, portanto, como afirma Gilmar Mendes, que após a manifestação normativa do STF sobre uma questão constitucional afasta-se a possibilidade das instâncias ordinárias deliberarem sobre ela. Segundo o ministro:

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita e implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. (MENDES, 2004, grifo nosso)²⁰³.

Com efeito, o que se quer demonstrar é que a abstrativização, do ponto de vista da tentativa de trazer ao direito brasileiro uma maior garantia de integridade, pode se mostrar eficaz, especialmente se comparada ao regime anterior, em que o respeito às decisões dos Tribunais Superiores não era uma prática constante no Judiciário. Contudo, é imprescindível ter a consciência de que ela cria maiores exigências aos magistrados, que deverão necessariamente ser ainda mais capazes de realizar o juízo de aplicação das normas em um ordenamento mais complexo. Não é possível retornar ao ideário iluminista e imaginar que a norma geral e abstrata resolverá, no âmbito do dever-ser, todo o problema do direito – analisado tanto da perspectiva da estabilização generalizada das expectativas normativas quanto da melhor decisão possível (justificação).

A Súmula Vinculante 11²⁰⁴, que trata do uso de algemas, é, nesse sentido, um exemplo eloquente. Editada em razão da prisão dos banqueiros Daniel Dantas e Salvatore Cacciola, demonstra, em primeiro lugar, a seletividade dos julgamentos de nossos Tribunais. Contudo, ainda assim, pode refletir avanços na luta contra a violência estatal, já que, embora diga o óbvio, reforça a ideia de que o uso de algemas não pode se dar de forma indiscriminada. Mas a edição da norma geral e abstrata aparentemente não alterou em nada a proteção àquela parcela da população que, efetivamente, está sujeita aos abusos policiais. Os programas sensacionalistas que infestam a televisão brasileira zombam cotidianamente de pessoa que cometeram furto de alimentos em supermercado, e outros *crimes* do gênero, em que todos os acusados aparecem sempre algemados, sem que haja qualquer controle desses abusos por parte do Estado. Ora, mais uma vez, fica evidente que regras, por mais claras que possam parecer o seu tipo, não se autoaplicam.

Diante desse cenário, talvez a grande virtude do novo modelo de exercício da

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes, **DJe**, Brasília, 21 out. 2004, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

²⁰⁴ Súmula Vinculante 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

jurisdição constitucional seja a construção de um consenso no Judiciário, e demais órgãos responsáveis pela aplicação do direito, acerca da importância do respeito ao posicionamento da jurisprudência do STF e dos demais Tribunais superiores. A interiorização do dever de interpretar um caso concreto, fazendo-se *referência* às decisões do Supremo, implica a redefinição da prática do direito e em como fundamentar sua legitimidade.

Virtude essa que, se consagrada a partir do ideário de Gilmar Mendes de que as questões constitucionais esgotam-se com a manifestação do STF, será necessariamente desvirtuada, nos fazendo retornar a um novo positivismo, fundado agora sobre as regras oriundas dos Tribunais Superiores – ou seja, um positivismo que, além de tudo, é antidemocrático.

4.3.2 Abstrativização, direito e política: como o novo meio de exercício da jurisdição constitucional coloca em risco o procedimento democrático e desloca a uma determinada categoria de especialistas a função de interpretar axiologicamente a sociedade

A abstrativização redefiniu o meio pelo qual o Supremo exerce a jurisdição constitucional. Consequentemente, alterou drasticamente a relação entre os Poderes e entre o direito e a política. Interessa-nos neste tópico problematizar como essa nova fórmula, focada na *ordem objetiva*, como afirma Gilmar Mendes, tem implicações no processo democrático brasileiro.

Nos próximos tópicos a relação entre abstrativização e democracia será pensada sob dois vieses: a) em que medida a atuação normativa do STF tem reflexos no procedimento político como instância fundamental da legitimidade do direito; b) como se construiu a legitimidade social para a ampliação tão rápida, e drástica, dos poderes do Judiciário e dos órgãos que lhe são conexos, e quais as possíveis consequências de se atribuir aos juristas do Estado esse novo papel.

Habermas (2003) propõe redefinir a relação entre direito e política com o objetivo de refundar a ideia de “dominação legal” proposta por Weber. Opondo-se aos positivistas e aos jusnaturalistas, que se utilizavam da ideia de uma norma fundamental ou de fundamentos metafísicos para justificar a autoridade do direito, Habermas centrará no seu *procedimento* de formulação as razões de sua legitimidade.

[...] a teoria do discurso atribui ao próprio procedimento da formação democrática da opinião da vontade a força geradora da legitimidade. Pois esse procedimento juridicamente institucionalizado fundamenta uma suposição falível sobre as decisões racionais, quando preenche aproximativamente duas condições: a inclusão simétrica de todos os concernidos ou de seus representantes e a religação da decisão

democrática com a troca discursiva e sem coerções de temas e contribuições relevantes no caso (HABERMAS, 2014, p. 100).

Assim, partindo da premissa que, entre ambos (direito e política), existe uma relação de co-originariedade, os fins políticos a que determinada sociedade moderna se propõe devem assumir forma jurídica, responsável por estabilizar os meios pelos quais o poder será exercido. O direito, por sua vez, assenta sua legitimidade não apenas em sua origem estatal, mas, sim, por meio do procedimento discursivo em que o poder político o constitui.

A função de catalisar esse fluxo de comunicação política que, através do direito, importa na criação de leis é mediado nas sociedades modernas pelo Parlamento. Aos representantes do povo, portanto, cabe transformar as normas morais, políticas e éticas existentes em uma comunidade jurídica no código deontológico do direito. Competirá ao Judiciário e ao Executivo, na lógica da separação dos poderes, a aplicação dessas normas.

Mas, segundo a teoria do discurso, as funções atribuídas à legislação, à administração e à justiça devem ser analisadas, principalmente, de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes. Nesse sentido, afirma Günther (apud HABERMAS, 2003), que os discursos lógico-argumentativos nas instâncias criadoras e aplicadoras do direito são, por definição, distintos.

O Parlamento, único órgão que pode valer-se de argumentos pragmáticos e normativos de forma ilimitada, centra sua atividade na verificação da validade do processo discursivo, ou seja, no processo de justificação das normas. Ao Judiciário, por sua vez, competirá o juízo de adequação dessas normas ao caso concreto, dando efetividade aos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Volta-se, portanto, ao discurso de aplicação das normas. Veja-se:

Seguindo a distinção sugerida aqui, entre fundamentação e aplicação, estas razões devem se referir à consideração de todos os interesses, no caso da argumentação a respeito da validade de uma norma, e ao exame de todos os sinais característicos situacionais, no caso da argumentação a respeito da adequação de uma norma (GÜNTHER, 2004, 368).

Com efeito, a aplicação do direito pressupõe que um juiz ou tribunal, de forma imparcial, realize um senso de adequação entre as normas válidas do ordenamento – aplicáveis *prima facie* – e o caso concreto, devendo a fundamentação do *decisum* ser fruto de um processo dialético em que os participantes possam influir no resultado final, bem como seus fundamentos serem reconhecidos pela sociedade como externa e internamente racionais – ou seja, assegurem os princípios da segurança jurídica e da justiça (HABERMAS, p.

2003)²⁰⁵.

Pois bem. Inicialmente, observa-se que a abstrativização altera substancialmente o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal exerce a jurisdição constitucional. Como demonstrado especificamente em termos de mandado de injunção, mas cujos resultados vão além do instituto, os precedentes julgados em 2007 não significaram uma mera mudança e “grau de efetivação de direito”, como procurou defender Gilmar Mendes. De outro modo, a mudança é qualitativa, alterando o meio pelo qual a Corte exerce a jurisdição constitucional, afastando-se da resolução de casos concretos para atuar na esfera normativa. E, relembre-se, o modelo aplica-se a *todos* os *writs* julgados, não havendo a exceção postulada pelo Supremo e por parte da doutrina (MI 721). Altera-se, pois, a própria linguagem que o Tribunal se utilizará, deixando de realizar a aplicação de normas para voltar-se à justificação, dissociando-se a jurisdição em dois níveis: às instâncias ordinárias competirá a tarefa de aplicar as normas elaboradas pelo STF.

Procurou-se adentrar nas minúcias dos debates em torno dos MI 670 e 721 para demonstrar essa diferença: não se debateu como compor o litígio à luz do ordenamento jurídico, mas quais características a norma editada pelo Supremo deveria gozar para solucionar, geral e abstratamente, a omissão inconstitucional. Como se produziria um argumento que ostentaria o consenso entre os participantes do discurso (Princípio U) para disciplinar a relação do direito de greve e dos usuários do serviço público. É a pretensão à universalização do argumento entre os participantes do discurso que está em vigor, não a solução de um caso concreto. Contudo, ressalte-se, essa universalização é restrita aos 11 ministros da Corte.

Há que se marcar, por outro lado, importante diferença: ao contrário do que se dá com o Parlamento, somente estão disponíveis ao STF argumentos de natureza jurídica. Mesmo que assuma o papel evidente de articular direito e política, na medida em que exerce a função primordial de interpretar a Constituição, ainda assim deverá transformar argumentos de outras ordens no discurso jurídico.

Mas essa é uma característica que, efetivamente, diz pouco sobre eventuais restrições impostas às Supremas Cortes. Afinal, todo e qualquer questão poderá ser levada ao Supremo e codificada à linguagem do direito. A fixação dos juro pelo STF, acima trabalhada, talvez seja o exemplo mais evidente, já que mesmo não julgando a ação legitimou uma atuação do

²⁰⁵ Fica claro, como o autor explicitará em sua obra, que ele é contrário à ideia do controle abstrato de constitucionalidade, exatamente por representar um déficit no processo deliberativo. Essa não é, contudo, a posição aqui defendida, que admite avanços no instrumento, embora veja enormes riscos na abstrativização.

Ministério da Fazenda contrariamente ao decidido pela Assembleia Nacional Constituinte.

Talvez o ponto crucial da limitação da linguagem nas Supremas Cortes seja outro: a legitimação advinda de uma decisão que, supostamente, é apenas “jurídica”, não política. A (suposta) neutralidade da linguagem técnica ocupa posição central no deslocamento, para o direito, dos grandes temas em debate em uma sociedade. Ao fim e ao cabo, terá sido uma decisão oriunda de especialistas capazes de “decifrar o direito” quem definiu se os juros podem ou não ser limitados a 12%, não o sistema financeiro conjuntamente com o Ministério da Fazenda.

O tema será aprofundado à frente, mas na medida em que a política é progressivamente desacreditada – seja pela imoralidade (efetiva ou pressuposta) de seus agentes, pela descrença de suas soluções, pela forma com que se articula a discussão política na mídia (BOURDIEU, 1997), etc. –, o debate público, que é o elemento legitimador do direito, vai perdendo espaço para o próprio direito, cada vez mais instrumentalizado para ampliar seu âmbito de ação. E o que é fundamental ressaltar no caso brasileiro é a atribuição da função normativa ao STF sem qualquer mudança em sua estrutura, seja buscando limitar a investidura de seus membros ou a pluralidade/representatividade na sua formação, como em geral acontece nos países onde se adota uma Corte Constitucional.

É fundamental insistir nesse ponto. Se grandes autores debatem, criticamente, o problema da expansão dos poderes do Judiciário em tradições em que prevalece o controle difuso (WALDRON, 2003) ou em que uma Corte Constitucional responsável pelo controle abstrato convive com o Judiciário (MAUS, 2000), o Brasil apresenta-se como um caso *suis generis*. Alterações legislativas e, especialmente, jurisprudenciais do próprio Supremo são o meio de se transformar um Tribunal inserido dentro de uma tradição de controle difuso de constitucionalidade atribuindo-lhe um papel cada vez mais *abstrativista*.

Dentro dos instrumentos disponibilizados para o crescimento da esfera de influência do STF, é fundamental que haja limitações, seja em relação à investidura de seus membros, seja para atuar na ordem objetiva. Admitir que o Supremo utiliza de todas as ações e recursos de sua competência para editar normas fragiliza sobremaneira a competência do Congresso Nacional para fazê-lo – relembrando-se que esse déficit de atribuições do Parlamento já se dera, desde o início do século XX, em relação ao Executivo.

Essa fragilização não se dá apenas de maneira evidente, pela possibilidade constante de o Supremo de fixar interpretações sobre normas ou de julgá-las inconstitucional. A alteração é mais sutil, embora não menos eficaz. Começa-se a desenvolver um consenso social de que uma lei, para ser constitucional, deve passar pelo crivo do Supremo, tamanha é a

abrangência que o controle abstrato (ou subjetivo, abstrativizado) está recebendo. Está-se invertendo a presunção de constitucionalidade das leis.

Assim, considerando que a jurisdição é a função estatal a quem compete dizer com definitividade o direito, é indispensável que lhe sejam atribuídos parâmetros/contextos. Daí o perigo, por exemplo, da adoção da transcendência dos motivos determinantes e da teoria da mutação constitucional do artigo 52, X, CF, que expandem os poderes do STF sem qualquer possibilidade de controle – além da teoria ser fundada a partir de interpretações desenvolvidas pelos próprios ministros com duvidoso respaldo constitucional.

É a partir do controle recíproco estabelecido entre o Parlamento e o Judiciário que se encontra um elemento nuclear de adequação das funções legislativas e jurisdicionais, nunca sendo demais lembrar que limitação do poder é um conceito imanente ao Estado Democrático de Direito. Na medida em que o Supremo adentra progressivamente na esfera normativa, afastando-se da função que historicamente caracterizou a jurisdição na modernidade, enseja um risco iminente de se ampliar o esvaziamento da esfera pública como lugar reflexivo em que a sociedade se debruça para estabelecer reciprocamente as normas que irão regulamentar a vida social. E o mais grave: não necessariamente protege mais direitos – pois, como já analisado, a irrepetibilidade dos eventos históricos não permite que o direito se realize no caso concreto sem o necessário juízo de aplicação.

Analisando a abstrativização, agora do ponto de vista da seletividade a que devem ser submetidos os processos analisados pelo STF, estabelecendo-se um recorte necessário para que suas manifestações se façam sobre demandas que realmente o exijam, deve-se ressaltar, em primeiro lugar, que a tutela objetiva da ordem constitucional não é o único modelo possível. Em outros termos, ela é um caminho, cujos erros e acertos pressupõem uma ampla análise de seus fundamentos e práticas. Mas não se pode admitir tratá-la à luz de uma inexorabilidade quase transcendental, como vem sendo o discurso de grande parte da doutrina e dos ministros do STF. Basta olhar, nesse sentido, para o sistema jurídico norte-americano, que se mantém exclusivamente adepto ao controle difuso de constitucionalidade.

Se é fundamental ampliar o processo seletivo em torno das demandas submetidas ao Supremo, sob pena de inviabilizar o Tribunal, um Judiciário realmente comprometido com os direitos fundamentais não pode se pautar, essencialmente, a partir de critérios quantitativos. Notadamente no caso brasileiro, repita-se, em que o acesso às políticas públicas desenvolvidas pelo Estado são marcadamente excludentes. Afrontas a direitos fundamentais se dão em casos concretos – como o extermínio de indígenas, a morte da população negra nas favelas, a violência contra a mulher –, não apenas por meio de uma norma incompatível com

a Constituição. O afastamento progressivo do Supremo de casos como esses pode gerar um afastamento dos principais temas envolvendo direitos fundamentais de nossa Suprema Corte.

Com efeito, a abstrativização, na medida que tem a pretensão de fazer do STF um ator da ordem normativa, tende a centrar no órgão na gestão do Estado, não de direitos. É o que se observa, por exemplo, analisando a prática do Supremo nas ADI. Como demonstrado por Costa e Benvindo (2014), a partir de pesquisa empírica observando todas as ações diretas ajuizadas entre 1988 a 2012, o instituto teria se prestado, precipuamente, não à proteção de direitos fundamentais, como prometido por seus principais defensores. De outro modo, serviu à defesa corporativa de seus legitimados, à organização da federação e à separação de Poderes.

Mesmo quando se presta à proteção de direitos, muitas vezes o faz em relação a parcelas da sociedade já amplamente incluídas na esfera de proteção do Estado. É o que se observa em relação ao próprio mandado de injunção no novo modelo abstrativista, por exemplo, que se voltou essencialmente à defesa de servidores públicos, parcela da sociedade que, embora significativamente heterogênea, em regra dispõe dos principais meios de acesso à cidadania – não titularizados pelo restante da população.

É claro que seria leviano não fazer menção a decisões históricas do STF em sede de controle abstrato, como o financiamento privado de campanha, o casamento homoafetivo, as células-tronco, a demarcação das terras indígenas (Serra do Sol), etc. E, em todos os casos, apesar das inexoráveis divergências em relação a seu conteúdo, a Corte assegurou avanços relevantíssimos à noção de direito, contribuindo com alguns bons capítulos ao direito constitucional brasileiro – com a exceção clamorosa do julgamento da ADPF envolvendo a lei da anistia.

Assim, o principal risco da abstrativização não se mostrou efetivamente nos julgamentos proferidos pelo STF, mas na formulação de perigosos consensos: a) do afastamento do STF do julgamento de casos concretos como meio de garantir a efetividade de seus pronunciamentos; b) consequentemente, da ampliação do papel do direito, e dos juristas do Estado, como agentes capazes de interpretar, axiologicamente, o direito e estabelecer cada vez mais as filigranas de nossa sociabilidade, o que pode implicar na progressiva abdicação do debate na esfera pública.

4.3.3 O papel do “lugar social” do jurista na “produção da crença”²⁰⁶ na abstrativização.

²⁰⁶ O título do presente capítulo é, obviamente, uma apropriação inadvertida da teoria de Pierre Bourdieu (2001).

A ampla gama de mandados de injunção ajuizados a partir de 1988 denota um fenômeno fundamental: o redimensionamento das exigências impostas ao Estado e, conseqüentemente, ao Judiciário. Pessoas naturais e jurídicas; empregados e patrões; servidores e o próprio Poder Público: o Judiciário torna-se um ator central no Brasil democrático, acompanhando a tendência dos países ocidentais (CAPPELLETTI, 1984), mas com especificidades fundamentais. É no interior de uma complexa teia de relações em que as ações estatais se expandem, atingindo as mais amplas esferas sociais, que o Judiciário se coloca e é colocado como órgão central que irá não apenas regular, como criar ativamente condições para as ações do Poder Público.

Mas é fundamental ressaltar que essa redefinição de poderes não se faz apenas por meio do desenvolvimento de uma teoria específica do direito, mas pela construção de uma determinada crença de que esse deve ser o papel Judiciário dos juristas do Estado. Crença essa que vai se expandido tanto na realidade social como na disposição dos indivíduos, dentro e fora do campo de direito, acerca desse novo papel por ele operado²⁰⁷.

Trocando em miúdos, na medida em que, *objetivamente*²⁰⁸, no espaço social, a influência de determinados agentes do Estado responsáveis por dizer o direito aumenta, cria-se uma *disposição* dos “indivíduos” de que esse é realmente o seu papel. E essa disposição opera, especialmente, nos próprios agentes estatais do campo jurídico, que reproduzem o engrandecimento de suas funções com mais engrandecimento.

Em outros termos, como a *estrutura objetiva* de um mundo em que o direito vai ocupando maior espaço na regulamentação da sociedade, atribuindo a seus agentes um prestígio ainda maior que o que historicamente sempre ocuparam – chegando em alguns casos à condição de herói nacional (Sérgio Moro) –, há a potencialização das estruturas *subjetivas* dos indivíduos em sua aceitação/naturalização.

²⁰⁷ Explica Setton (2015, p. 10) que, para Bourdieu, “determinações materiais e simbólicas, numa complexa relação de interdependência, agem sobre as estruturas sociais e psicológicas dos agentes, em situações historicamente contextualizadas.

²⁰⁸ Assim, adotando a filosofia relacional, proposta por Bourdieu, deve-se afastar uma ideia típica do senso comum de que certos indivíduos ou práticas apresentam valor “substancial”, adquirindo uma determinada essência em razão de elementos culturais ou biológicos que supostamente dispõem (BOURDIEU, 2010). De outro modo, é a disposição social que, em cada momento histórico, determinado grupo ou prática se apresenta em relação aos demais, o meio adequado para se observar o espaço social. Ademais, há uma relação imanente entre a estrutura objetiva da sociedade e a forma com que ela se retraduz na *disposição* do indivíduo em reproduzir um determinado estilo de vida, de prática social. **“O espaço de posições sociais se retraduz em um espaço de tomada de posição pela intermediação do espaço de disposições (ou de *habitus*); ou, em outros termos, ao sistema de separações diferenciais, que definem as diferentes posições nos dois sistemas principais do espaço social, corresponde um sistema de separações diferenciais nas propriedades dos agentes (ou de classes constituídas como agentes), isto é, em suas práticas e nos bens que possuem”** (BOURDIEU, 2010, p. 21, grifo nosso).

E, reitere-se, o exercício da jurisdição constitucional pelo STF se utiliza de um repertório argumentativo que, por um lado, não lhe é exclusivo. Estando inserindo em um contexto em que as doutrinas pós-positivistas ampliam os instrumentos interpretativos à disposição do Judiciário para aumentar seus poderes, especialmente por meio da transformação do direito em valor, é influenciada e influencia esse desenvolvimento.

Fundamental ressaltar que essa expansão não se limita a ampliar uma maior autonomia ao Judiciário: a redefinição da relação entre direito e política irá incidir, do mesmo modo, em todos os juristas do Estado: membros do Ministério Público, das Procuradorias, dos Tribunais de Contas, Controladorias, Delegados, etc. E esses servidores públicos, que não admitem ser chamados de servidores públicos, exigindo o *adjetivo* “Membros” da carreira “x” ou “y”, exercerão uma influência ainda mais decisiva sobre os demais agentes estatais.

Em uma sociedade progressivamente mais *complexa*, em que a formação mais elementar de consensos por meio de um processo comunicacional apresenta entraves muitas vezes intransponíveis; mais *fluida*, em que as práticas sociais são constantemente renovadas²⁰⁹, trazendo ao indivíduo uma sensação de constante instabilidade até mesmo em suas relações pessoais mais elementares; *individualista*, centradas na ideia do “evanescimento da *res publica* pela crença de que as significações sociais são geradas pelos sentimentos de seres humanos individuais” (SENNET, 2012, p. 485); o direito, sob as suas mais distintas representações, aparece como uma promessa de estabilidade diante de um mundo de incertezas.

O trânsito de mercadorias em níveis globais cada vez mais célere, criando um mundo em que o consumo passa a ocupar lugar central que, ao mesmo tempo, homogeniza e reordena as diferenças e desigualdades²¹⁰ em uma sociedade cada vez mais interligada, exige do Estado respostas céleres que a dinâmica Parlamentar se mostra incapaz de atender. Ou, melhor dizendo, permanece incapaz de atender, pois a crise da representatividade do Parlamento é observada em grande parte dos Estados ocidentais a partir do século XX, tendo como consequência a expansão do Poder Executivo como ator fundamental da política e da edição normativa.

²⁰⁹ “As instituições modernas diferem de todas as formas anteriores de ordem social quanto a seu dinamismo, ao grau em que interferem com hábito e costumes tradicionais, e a seu impacto global. No entanto, essas não são apenas transformações em extensão: a modernidade altera radicalmente a natureza da vida social cotidiana e afeta os aspectos mais pessoais de nossa existência”. (GIDDENS, 2001. p. 9).

²¹⁰ “Um modo de apresentar este livro é dizer que ele estuda a globalização como um processo de fracionamento articulado do mundo e a recomposição de suas partes. Com isto quero afirmar que a globalização não é um simples processo de homogeneização, mas de reordenamento das diferenças e desigualdades, sem suprimi-las: por isso a multiculturalidade é um tema indissociável dos movimentos globalizadores”. (CANCLINE, 1999, p. 11).

Nesse cenário, em um país no qual a classe política não goza de qualquer respaldo da população, não apenas o Judiciário, como em geral os juristas do Estado parecem apresentar qualidades que lhes asseguram legitimidade para ampliar sua influência sobre as ações do Poder Público: trata-se de quadros técnicos que ascendem a seus postos a partir de provas da titularidade de um determinado conhecimento especializado, detentores de uma linguagem técnica que se legitima moralmente a partir do código lícito/ilícito, bem como fazem parte de uma determinada elite que reivindica para si a representação nacional – não por acaso quando resolvem se manifestar pintam-se de verde amarelo e se utilizam de camisas da seleção brasileira, referindo-se a si mesma como “os Brasileiros”. Elite essa homogênea, ou ao menos muito pouco plural, que transporta as pré-compreensões de seu universo para a formulação desse “novo direito”, cada vez com menos amarras, residindo aí o principal perigo da expansão do direito: suas verdadeiras escolhas são legitimadas a partir de um suposto manto de neutralidade.

O exercício da dominação política, no ocidente moderno, exige a presença constante de uma burocracia especializada que represente o poder estatal em todo o seu território (WEBER, 2011). Esses juristas do Estado, com a dissolução do paradigma liberal e dos discursos e *práticas* (especialmente) restritivos ligados aos positivismos jurídicos, ao reinterpretarem os poderes de que dispõem por meio de uma outra linguagem que redefine a extensão de seus poderes, ampliando-os, passarão a exercer uma influência sobre essa burocracia sem precedentes.

Se os juristas são agentes fundamentais da fundação do Estado moderno, na medida em que ostentam o papel de legitimar a ação do Poder Público a partir de um discurso universalista, ancorado na legalidade que titularizam (BOURDIEU, 2015), essa influência atual é resignificada.

O sistema jurídico ostenta como característica central ser transversal aos demais subsistemas sociais, já que disciplina, por meio de seu código binário lícito/ilícito, todas as esferas da sociedade. Ao sistema jurídico é vedado o *non liquet*, ou seja, está o judiciário obrigado a julgar todas as demandas que lhe são propostas. Na medida em que as amarras típicas dos positivismos são substituídas por teorias como o neoconstitucionalismo, estabelecendo-se um consenso social de que os juristas do Estado realmente devem definir, por meio de um direito operado como valor, as especificidades mais complexas dos mais diferentes ramos da vida moderna, passarão a exercer uma influência social cada vez maior, especialmente sobre as ações da burocracia estatal. Consequentemente, de todo o poder

simbólico que está subjacente ao Estado²¹¹.

A linguagem dos engenheiros, arquitetos, físicos, analistas em tecnologia da informação a serviço do Estado sempre necessitaram ser decodificada na linguagem do direito, que representa o meio pelo qual o Estado se manifesta. Contudo, a profusão normativa, decorrente de uma burocratização crescente, vem alterando quantitativa e qualitativamente essa situação. Na medida em que o Ministério Público, as Procuradorias, os órgãos de controle interno, aos Tribunais de Contas, os Ministérios Públicos dos Tribunais de Contas, a Jurisprudência dos Tribunais etc. ampliam seu controle sobre os órgãos especializados do Poder Público, utilizando-se de um direito que se apresenta “fluido”, como a lei de improbidade²¹², o direito parece se sobrepor à própria especialidade.

Categorias de juristas, progressivamente mais fortes em razão não apenas das funções que exercem, mas do lobby extremamente organizado que realizam, tornam-se atores centrais de licitações que envolvem bancos de dados, engenharia elétrica, aparelhos sofisticados de saúde. São eles que irão definir o funcionamento de UTI's em hospitais e a distribuição de crianças em creches, mesmo não tendo qualquer conhecimento técnico sobre as matérias, tampouco informações holísticas sobre as políticas públicas desenvolvidas.

Essa nova realidade pós-positivista que se busca identificar flerta diretamente com o que Rawls denomina de *tecnicismo/fetichismo jurídico*, em que a esfera política é progressivamente esvaziada para que a resposta às mais distintas questões sociais sejam resolvidas por soluções que se apresentam como meramente técnicas, notadamente técnico-jurídicas. O princípio da dignidade da pessoa humana será o argumento para o Estado investir “x” em uma política pública e não em outra. Contudo, a decisão em torno do conteúdo do princípio se dará por meio de um processo judicial ou mesmo por um Termo de Ajustamento de Condutas, no Ministério Público. Ocorre que, por si só, a escolha do autor da ação, que demandou proteger uma política pública, não outra, já exige por definição um processo seletivo, cujas decisões colocam os operadores do direito em novo patamar de importância, neutralizando a natureza política da escolha em razão de uma suposta técnica jurídica.

Nos tópicos seguintes, interessa-nos discutir o lugar social ocupado por esse novo jurista, com o objetivo de desconstruir a neutralidade com que se pretende tratá-los na

²¹¹ “O Estado é resultado de um processo de concentração de diferentes tipos de capital, capital de força física ou instrumentos de coerção, capital econômico, capital cultural, ou melhor, de informação, capital simbólico, concentração que, enquanto tal, constitui o Estado como detentor de um a espécie de metacapital, com poder sobre os outros tipos de capital e sobre seus detentores” (BOURDIEU, 1997, p. 68).

²¹² A lei de improbidade permite a punição de agentes pela afronta aos princípios da administração, não se exigindo sequer o dolo específico do agente para a imputação da sanção, segundo o STF. Assim, considerando a ampla legitimidade conferida pela lei para a propositura da demanda, a princípio toda e qualquer conduta pode, em tese, ser subsumível aos tipos respectivos.

interpretação do direito e, conseqüentemente, debater o principal risco vinculado à abstrativização: a criação de uma determinada categoria de pessoas a quem, por meio do direito, será atribuída a tarefa de guiar a sociedade, atuando como se cumprisse o papel de seu *alterego* (MAUS, 2000).

4.3.3.1 A narrativa da Administração pública como resultado de um povo corrupto e emotivo. Os juristas como a categoria capaz de “consertar” os desvios morais do brasileiro para o estabelecimento de uma sociedade impessoal, como os europeus do norte.

Em “A Ética dos Precedentes”, Marinoni (2014) desenvolverá a tese da importância do direito brasileiro adotar o regime do *precedente obrigatório*, como o *stare decisis* nos Estados Unidos. O objetivo seria, por meio da utilização da técnica, assegurar que o novo paradigma pós-positivista do direito, em que o exercício da jurisdição passa a ocupar papel central de controlar a aplicação da legislação por meio dos direitos fundamentais, garantir a racionalidade das decisões judiciais²¹³. O novo modelo proposto tem como objetivo, pois, suplantando a *pessoalidade* e o *patrimonialismo* que, segundo afirma, sempre marcaram nossas instituições.

Buscará vincular, então, três ideias centrais. Em primeiro lugar, a partir da obra de Weber, sustentará que existe um vínculo imanente entre o desenvolvimento não apenas do capitalismo, mas de instituições impessoais que permitiram o seu desenvolvimento, com uma determinada ética religiosa desenvolvida nos países do norte da Europa – aportando aí evidente juízo de valor positivo desses povos em contraposição àqueles situados abaixo dos trópicos. No caso, tratar-se-ia da ética protestante e das características essenciais atribuíveis à sua fé: especialmente a ideia de predestinação, que imputava aos fiéis uma ideia de responsabilidade pessoal que seria decisiva para que o indivíduo direcionasse sua ação ao cumprimento de regras sociais e ao trabalho.

Dando um passo à frente às conclusões Weberianas, sustenta que, assim como para o capitalismo fora essencial um direito racional; assim como a ética protestante fora necessária para favorecer a ética capitalista; poder-se-ia afirmar que a ética protestante teria sido importante para o desenvolvimento do direito “racional” (“calculável”). Veja-se:

De modo que a vida pautada pela ascese intramundana, característica ao calvinismo, também exigia um direito racional e marcado pela previsibilidade. Frise-se que o interesse dos protestantes – que compunham os quadros da burguesia – na calculabilidade do direito é destacado por Weber” (MARINONI, 2014, p. 28).

²¹³ Relembre-se que o autor defende que compete ao magistrado, antes de aplicar qualquer lei, interpretá-la à luz da Constituição da República.

[...]

“Portanto, o que realmente se deseja colocar às claras é que, **assim como os valores do protestantismo deram origem a um modo de viver que se identificou no espírito do capitalismo, contribuindo para o seu desenvolvimento, é possível sustentar que esses mesmos valores contribuíram para um modo de vida racional e para a racionalização do direito.** Em termos estritamente weberianos, pode-se afirmar que o direito previsível está em relação de causalidade adequada com o modo de vida sistemático e metódico resultante da ascese intramundana” (MARINONI, 2014, p. 28, grifo nosso).

Essa realidade, ainda segundo o autor, seria substancialmente diferente da brasileira. Retomando uma determinada leitura de Buarque de Holanda (2014), afirma que nossa cultura teria se formado a partir das características elementares dos povos ibéricos, traduzidas essencialmente a partir de impulsos emotivos e da ausência de impessoalidade nas relações com o Estado, já que nossa sociabilidade seria formulada a partir da expansão da família²¹⁴. Assim, as instituições nacionais teriam sido forjadas a partir de um patrimonialismo que implicaria uma “vocação cultural para a irracionalidade das decisões” (MARINONI, 2014,). Veja-se:

No funcionalismo patrimonial, sendo o cargo preenchido com base em relações pessoais e de confiança, não importa a capacidade do beneficiado nem mesmo a prévia definição de realização de determinada tarefa. [...] Falta ordem objetiva e objetividade encaminhada para fins impessoais da vida estatal burocrática. O cargo e o exercício do poder público estão a serviço da pessoa do senhor, por um lado, e do funcionário agraciado com o cargo, por outro, e não de tarefas ‘objetivas.’ (MARINONI, 2014, p. 80).

A adoção do *stare decisis*, assim, teria como objetivo fundamental unificar o entendimento do direito, hoje disperso em decisões das mais díspares, e permitir que o indivíduo desenvolva o *ethos* de dirigir sua conduta conforme o direito. Sem que o Estado estabeleça uniformemente qual é o direito a ser seguido pelos cidadãos, não seria possível desenvolver no cidadão uma ética que o impulsiona ao seu cumprimento. Em outros termos, o objetivo do autor é exatamente desenvolver no brasileiro uma *ética* que o direcione à prática de cumprimento reiterado da norma, desfazendo-se a *pessoalidade* e o *patrimonialismo* que marcam nossa cultura.

Da tese desenvolvida por Marinoni interessa-nos mais de perto observar dois aspectos: a) a reiteração da autocompreensão da cultura brasileira como inferior àquela europeia, especialmente a do norte, que não nos permitiu desenvolver instituições racionais/impessoais;

²¹⁴ “No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo de família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização [...] ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje. Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata conforme a definição de Max Weber” HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 175).

b) a crença de que compete não apenas ao Judiciário, mas aos juristas em geral um papel decisivo de redefinição não apenas de nosso Estado, mas de nossa ética.

Fundamental ressaltar que a obra de Marinoni está absolutamente inserida em uma autocompreensão que o brasileiro faz de sua cultura. Ora, o Brasil se desenvolveu como nação a partir do olhar para o “mundo civilizado”, em uma reverência que está presente em cada entranha de nossa sociabilidade – ou de nosso *complexo de vira-latas*, como caricaturado por Nelson Rodrigues. A utilização de sua obra, aqui, explica-se pela sua sistematização a esse traço de nossa identidade e, especialmente, porque nos ajuda a observar como o consenso em torno da ampliação dos poderes do jurista se apresenta.

Weber (2013), em *Ética Protestante e Espírito do Capitalismo*, busca compreender como a cultura do trabalho e da acumulação, imanentes ao capitalismo, puderam se desenvolver em um mundo ocidental que, antes da reforma, era predominantemente católica – e, portanto, avessa a esse tipo de valor. E o motivo pelo qual esse desenvolvimento se deu apenas ali.

O pensador está interessado, como em geral em suas demais obras, em identificar as especificidades do desenvolvimento do ocidente moderno, especialmente a ideia de racionalidade²¹⁵. Sua investigação tem como objeto não o delineamento das características do meio de produção capitalista – o que foi desenvolvido em *História Geral da Economia* –, mas como sua cultura introjetou-se na vida cotidianamente pelas pessoas. O que ele buscará identificar é como esse “espírito”, essa cultura de maximização dos resultados em busca do lucro, se arraigou no dia a dia ocidental, delineando a vida social.

A interpretação de que a preocupação primordial de Weber seria estabelecer os traços de uma cultura superior em relação às demais, exortando o capitalismo como mero ponto alto da evolução cultural do ocidente, é facilmente afastada pela leitura de sucessivas passagens do texto. Veja-se:

²¹⁵ Nesse conceito, mais que a “profanação cultural”, a racionalização significou, e coincide-se, na obra de Weber, com o próprio desenvolvimento das sociedades modernas (HABERMAS, 2002b). A diferenciação cultural e social, funcionalmente interligadas, se “cristalizam em torno dos núcleos organizadores da empresa capitalista e do aparelho burocrático do Estado”, que significou a institucionalização “de uma ação econômica e administrativa racional com respeito a fins.” (HABERMAS, 2002, p. 3). Ou seja, em torno, por um lado, do Estado moderno, que implementa a divisão do trabalho de funcionários estatais altamente especializados por meio de um direito racionalmente calculável e eficiente; por outro, das empresas capitalistas, que alocam os fatores de produção e que, “com uma elevação da produtividade do trabalho, vão ao encontro da pressão competitiva e do mercado de trabalho” (HABERMAS, 2001, p. 178), a sociedade e a cultura européia foram, também, se racionalizando. Diante de todas essas transformações, à medida que “o cotidiano foi tomado por esta racionalização cultural e social, dissolveram-se também as formas de vida tradicionais [...]”. (HABERMAS, 2002, p. 3).

O ser humano em função do ganho como finalidade de vida, não mais o ganho em função do ser humano como meio destinado a satisfazer suas necessidades materiais [...] **Acima de tudo, este é o *summum bonum* dessa ética: ganhar dinheiro e sempre mais dinheiro, no mais rigoroso resguardo de todo gozo imediato do dinheiro ganho...** (WEBER, 2011, p. 46, grifo nosso).

Interessa-nos, neste momento, mais que contrapor essa leitura da obra de Weber, buscar: a) desconstruir a imagem de que os problemas brasileiros residiriam em uma “cultura inferior”, acostumada à corrupção e ao jeitinho, em uma leitura que esconde o principal problema que nos assola, a desigual distribuição de capitais (SOUZA, 2015); b) problematizar as razões que, não apenas em Marinoni, mas, em geral, na esfera pública, vêm legitimando essa transferência de poder do legislativo para os juristas do Estado. Consequentemente, nos riscos de continuar resolvendo os problemas brasileiros por meio de escolhas titularizadas por uma elite específica, localizada socialmente e razoavelmente fechada tanto do ponto de vista do acesso quanto do controle social.

4.3.3.2 Os reflexos da leitura “culturalista” na formação da identidade nacional e seu efeito de esconder o problema da exclusão social como central para se compreender e mudar o Brasil. Os juristas como categoria oriunda das classes média e alta e sua falta de representatividade da “sociedade” brasileira.

O *spoil system*, apoiado no princípio da separação de poderes, só foi tecnicamente possível nos **Estados Unidos da América** porque a juventude daquela civilização tinha condições para suportar uma gestão de puros dilettantes. Em verdade, o fato de que trezentos a quatrocentos mil militantes não tivessem outra qualificação para exhibir, a não ser os bons e leais serviços prestados ao partido a quem pertenciam, fez surgir, a longo alcance, grandes dificuldades e **conduziu a uma corrupção e a um desperdício sem igual**, só possíveis de serem suportadas por um país de possibilidades econômicas ilimitadas. (WEBER, 2011, p. 121, grifo nosso).

Bourdieu (1997), no conceito de *habitus* (disposição), buscou demonstrar como a estruturação do mundo social, objetivamente considerada, influenciará diretamente as escolhas individuais, por meio do desenvolvimento de *disposições* em que o sujeito tende a reproduzir as expectativas geradas de seu lugar social em suas escolhas. A sua pretensão acerca de seu futuro está intimamente relacionada ao “lugar social” a que está submetido, herdado de sua família. Assim, e.g., como decorrência da dominação masculina, uma mulher, criada desde nova, com bonecas e cozinhas de brinquedo, tenderá a reproduzir o lugar feminino em suas escolhas. Por isso, as engenharias costumam ser cursos masculinos, a arquitetura, feminino. Os cargos ligados ao espaço público masculino e os de representação

feminina²¹⁶. O mesmo ocorre em relação ao filho de um industrial e ao filho de uma doméstica.

Jessé de Souza (2015), em *A Tolice da Inteligência Brasileira*, buscou problematizar como uma determinada autocompreensão acerca da cultura nacional, presente em nossas práticas cotidianas mais corriqueiras, mas, sobretudo, desenvolvida na academia por intelectuais, construiu uma ideia de que o brasileiro seria emotivo, corrupto e dado a *jeitinhos*, razão pela qual estaríamos fadados a uma eterna posição de “pré-modernos”. Nossa inferioridade se daria em dois planos: cognitivo, já que não seríamos afetos à racionalidade tipicamente europeia, e moral, uma vez que a pessoalidade com que desenvolvemos nossas relações nos levariam a um espaço público (e também privado) marcado pelo toma-lá-dá-cá. Segundo o autor:

Essa ‘pré-modernidade é o núcleo, nunca explicitado, de noções hoje correntes como ‘jeitinho brasileiro’; da visão do Brasil e das sociedades latino-americanas como funcionando a partir de uma hierarquia comandada pelo ‘capital social das relações pessoais’. Seria esse capital de relações com pessoas influentes que constituiria tanto o ‘personalismo’, ou seja, relações de favor/proteção enquanto fundamento da hierarquia social; quanto o ‘patrimonialismo’, isto é, uma vida institucional que tem como fundamento uma elite estatal, também pré-moderna, que parasitaria toda a sociedade. (SOUZA, 2015, p. 29).

Essa visão, em primeiro lugar, não é meramente interpretativa, mas constitutiva de nossas práticas sociais. A roupa fabricada nos EUA é, *a priori*, melhor que a brasileira, assim como seus intelectuais, seus políticos, suas instituições. A opinião política de um “brasilianista” sobre qualquer problema nacional é sempre destaque na imprensa.

Souza buscará demonstrar como toda essa construção ideológica fez parte de uma política de Estado americana – muito embora se reproduza para muito além dele –, que vende o seu modo de vida, a partir do cinema, da música, da sociologia, do jornalismo, da indústria etc., como um ideal a ser perseguido pelo mundo. Essa realidade objetiva, novamente, se reflete na *disposição* dos brasileiros e americanos de se situarem no mundo. Assim, a realidade objetiva é novamente reforçada.

Mas, especialmente, o autor buscará demonstrar como essa autocompreensão cultural é falaciosa, escondendo o nosso traço que, realmente, nos identifica como brasileiros: a exclusão social. “O homem cordial não tem classes”, afirma Souza (2015, p. 45), denunciando a violência simbólica a que estão submetidas as classes sociais que sequer vislumbram a possibilidade de, por relações pessoais, obter posições privilegiadas no Estado.

²¹⁶ Nesse contexto, fundamental compreender o conceito de *violência simbólica*, que é uma violência “que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou sofrê-la” (BOURDIEU, 1997, p. 22).

Se essa pessoalidade existe, e sem dúvida alguma é real, ela se dá essencialmente no meio pelo qual uma determinada classe social monopoliza e reproduz as desigualdades de acesso às condições elementares de cidadania, especialmente os capitais cultural e econômico. Um morador da favela não pertence ao círculo social que lhe permitirá acesso a um secretário de Estado para fazer valer, a partir de suas relações sociais, uma condição de privilégio em uma política de regularização fundiária, e.g.

Esse “culturalismo”, ainda segundo o autor, cumpre duas funções: a) legitimar as exclusões a partir de uma suposta meritocracia, já que cada povo, a depender de seu grau evolutivo, ocupa uma determinada posição – sendo essa leitura, portanto, uma redefinição do racismo; b) situar o Estado²¹⁷ como o lugar da corrupção e o mercado como um conceito intrinsecamente valorativo. Desloca-se o problema central da luta de classes, e de todo o processo dela decorrente, para o problema da “corrupção” – mal cultural disperso em toda a sociedade brasileira – e da indevida atuação do poder público comprometendo o desenvolvimento do livre mercado – lugar, por definição, do indivíduo racional.

Souza sustenta, em sentido contrário, que a grande especificidade brasileira situa-se no monopólio do capital cultural e econômico por uma parcela representativa de, no máximo, 25% da população, diferentemente do que se deu nos países centrais, onde foi possível uma mais ampla democratização das condições elementares para o desenvolvimento da cidadania. Considerando que a modernidade se erige sob o signo da complexificação social/divisão social do trabalho, as classes média e alta monopolizam o acesso ao *conhecimento* exigido para os principais postos do mercado e do Estado. E o fazem por meio da compra do tempo livre de seus filhos, que, não apenas advém de famílias que valorizam e perpetuam esse *habitus*, como se especializam em um sistema educacional muito mais qualificado que o restante da população.

Questão fundamental para a possibilidade da compra do tempo livre de seus filhos reside no processo de exclusão que marcou a histografia social brasileira e, assim, fez com que uma enorme parte da população, afastada do capital social e cultural, venda sua mão de obra a preços ínfimos. A “ralé”, como caracterizado por Souza (2015), desse modo, se mantém alijada de qualquer perspectiva de inclusão social, por um lado, e assegura as condições de aquisição do capital cultural necessárias para a manutenção das classes média e alta em seus postos de privilégio.

²¹⁷ Obviamente não se está dizendo que o Estado, especialmente o brasileiro, esteja indene de críticas, muito pelo contrário. Esta dissertação, inclusive, tem essa função. De outro modo, o que se quer denunciar é que há uma ideologia – neoliberal – que tem como premissa e objetivo redefinir o papel do Estado liberal, deslocando essa função regulatória para o mercado – e assim desmontar o *potencial* redistributivo que o poder público goza.

Pois bem. Dentro da formulação desse novo consenso social acerca do novo papel dos juristas do Estado, é absolutamente indispensável situar os critérios de sua seleção dentro desse cenário. Apesar de seus avanços relativos ao modelo anterior, de livre nomeação, bem como à sua pretensão de isonomia, os concursos públicos talvez sejam o ponto mais alto em que a concentração de capital cultural em uma determinada classe tem implicações decisivas na ausência de pluralidade da formulação do direito – e, portanto, no modo pelo qual o Estado manifesta sua vontade.

O problema deve ser analisado sob dois vieses: a) a aceitabilidade da ampliação dos poderes dos juristas do Estado está intimamente relacionada a essa pré-compreensão compartilhada socialmente do papel que a classe média, de onde derivam, deve assumir, funcional e moralmente; b) como a ampliação do papel dos juristas na “normatização” do direito, em detrimento do Parlamento – ou, mais uma vez, com Marinoni, na superação da dicotomia entre *common law* e *civil law* –, pode significar uma grave limitação à participação da esfera pública.

4.3.3.3 A importância de se problematizar o “lugar social” do jurista do Estado dentro do contexto em que seus poderes são substancialmente ampliados.

Roberto Kant de Lima (2010), desenvolvendo etnografia sobre como o *sentimento de justiça* – por ele denominado *sensibilidade jurídica/regimes de verdade* – apresenta-se em diferentes sistemas jurídicos ocidentais, problematiza, entre outras, uma questão que é central no direito brasileiro, muito embora ausente dos debates: o meio pelo qual se delega aos magistrados o monopólio sobre a construção da *verdade jurídica*.

Debruçando-se sobre o júri no Brasil e nos Estados Unidos, o autor observa inicialmente uma diferença ética na prática dos profissionais que operam a persecução criminal. Enquanto nos EUA impunha-se uma divisão nítida, não sendo bem visto o contato pessoal entre profissionais acometidos às diferentes funções, no Brasil, a proximidade entre juízes, promotores, advogados e até delegados mostra-se rotineira. Essa característica não é aleatória. Ao contrário, mantém vínculo imediato à forma com que a elucidação da verdade se apresentava nos dois modelos: enquanto no Brasil o sistema do *contraditório infinito* somente é rompido por um juiz que estabelecerá a verdade do processo, no direito norte-americano as partes interagem constantemente na busca de uma construção de verdades parciais em que são buscados acordos/convencimentos recíprocos para se construir a decisão final. Veja-se:

No Brasil, a lógica do contraditório impõe uma instrumentalidade ao argumento, fazendo com que o mesmo advogado, dependendo do cliente, assumam posições radicalmente diferentes, seja no mesmo caso, seja em casos diversos. Também como

os acordos não são explícitos e dependem sempre da aprovação do juiz que dá a sentença, promiscuidade entre advogados e promotores e, igualmente, o pertencimento a estas duas funções por uma única pessoa é considerado possível. Ao contrário dos EUA, como observei antes, em que a responsabilidade pelo acordo é das partes, elas constantemente se opõem em negociações duras para defender o interesse de seus constituídos (LIMA, 2010, p. 41).

As razões dessa distinção residem nas diferenças entre as sensibilidades jurídicas das duas tradições. No *common law*, direito e lei não se distinguem à luz da palavra *law*, exatamente porque o direito se coloca como uma construção social. Com efeito, a sociedade está em destaque, não o Estado. Por isso, o papel das partes é a todo tempo valorizado, exercendo um papel ativo na construção da verdade, podendo transigir não apenas em relação a eventuais penas, mas também sobre a própria verdade dos fatos.

No Brasil, de outro modo, as partes estão autorizadas a se utilizarem de uma argumentação instrumental, inclusive a mentir em juízo. Isso porque todo o processo é desenvolvido para que exclusivamente o juiz estabeleça qual a verdade dos fatos e do direito daí decorrente. O magistrado ocupa, assim, um papel “transcendental”, como o detentor dos desígnios últimos da verdade e da justiça, de onde se observa que é o Estado o centro do direito, não a sociedade.

A questão central denunciada por Kant de Lima (2010), e que dialoga com Jessé de Souza, é que como os critérios de escolha para o acesso ao Estado são restritos a uma determinada parcela muito pequena da sociedade, o Estado, especialmente o Estado-juiz, detentor último da verdade, é privatizado. E o monopólio do saber (*capital cultural*) por uma determinada classe engendra a privatização não apenas do acesso aos cargos centrais do Poder Público, mas, sobretudo, na qualidade do direito que esses profissionais criarão. E, portanto, em como esse direito pode ensejar na *reprodução* desse *ethos* excludente a partir de dentro do Estado.

Há, portanto, que se insistir em três pontos fundamentais: a) há uma relação imanente entre *quem são* esses magistrados e o *poder* que se lhes atribui; b) essa relação *tende* a fomentar a reprodução desse modelo excludente; c) a despeito das conquistas evidentes que não apenas o STF, como os demais juristas do Estado trouxeram por meio do que parte da doutrina denomina “ativismo judicial”, atuando diretamente na execução das políticas públicas, é absolutamente imprescindível problematizar esse novo paradigma à luz dos princípios que inspiram o Estado Democrático de direito, especialmente da *participação* democrática. Aprofundemos um pouco mais o argumento, para vinculá-lo à abstrativização.

O serviço público brasileiro é reconhecidamente um lugar de bons empregos e estabilidade, mesmo se considerarmos a enorme e vergonhosa heterogeneidade dos benefícios

providos pelos mais diferentes cargos. Aos juristas do Estado, especialmente juízes, membros do MP, cartórios, procuradorias e defensorias, seus postos se transformam em um verdadeiro oásis, especialmente quando comparados ao mercado privado cada vez mais competitivo e que menos assegura direitos aos trabalhadores e, conseqüentemente, qualidade de vida. Os altíssimos salários, combinados com a estabilidade criam um fator de *distinção* a motivar a competitividade para os concursos e, na mesma medida, de “legitimar” os privilégios de cada carreira – a chamada “meritocracia”. Conseqüentemente, essa enorme competitividade faz com que o mercado produza novos fatores de exclusão e favoreça ainda mais aqueles já privilegiados por seu nascimento: não apenas o acesso às melhores escolas primárias e às melhores faculdades, como aos caríssimos livros de direito, aos cursinhos especializados e até mesmo o aquecidíssimo mercado de *coaching*, ou seja, concurseiros bem-sucedidos que, cobrando valores altíssimos, ensinam seus pares a serem igualmente exitosos no certame, dando-lhes assistência não apenas de direito, como de técnica para a aprovação e até mesmo conforto emocional.

Mesmo que se considere a ampliação do mercado universitário a negros e pobres²¹⁸ nos últimos 15 anos, ainda é absolutamente insuficiente diante do enorme fosso social que marca a nossa sociedade. Assim, se é verdade que uma maior parcela da população teve acesso aos cursos de direito, os principais cargos públicos ainda são monopolizados por uma determinada elite que mantém seus postos de destaque em razão dos sucessivos filtros em que os capitais cultural e social tornam-se decisivos.

Dando um passo à frente às conclusões de Souza e Lima, a ampliação de poder do Judiciário, e dos juristas do Estado, observada desde os anos 90 no Brasil, pressupõe que serão esses os agentes a, *do lugar social pouco plural que ocupam*, delinear esse quadro.

Tratando especificamente do problema desta dissertação, o paradigma liberal ainda impunha limites ao poder atribuído aos magistrados de estabelecer qual a “verdade do direito” – independentemente das partes (LIMA, 2010) –, em razão da imposição de um maior vínculo à lei e, portanto, ao debate público do qual ela seria o resultado (presumido). Na medida em que a abstrativização desloca para o Supremo um amplo repertório de não apenas atuar como o órgão responsável por dizer a verdade, como de fazê-lo sem um *contexto* específico, estando relativamente livre para redefinir a lei, o risco de fechamento da interpretação constitucional se faz evidente.

²¹⁸ PORTAL Brasil. Acesso de estudantes pobres à universidade pública cresce 400% entre 2004 e 2013, diz IBGE. 17 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/12/acesso-de-estudantes-pobres-a-universidade-publica-cresce-400-entre-2004-e-2013-diz-ibge>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Assim, se o direito se apresenta como um porto relativamente seguro para uma sociedade que se move tão rapidamente, é preciso esclarecer e problematizar as suas condições de possibilidade. O Estado Democrático de Direito, se se quiser efetivamente *democrático*, não pode simplesmente tomar o cidadão pelas mãos, como se propôs o Estado social (CARVALHO NETTO, 2003). A despeito dos diversos avanços práticos oriundos do que a doutrina jurídica vem chamando de “*ativismo judicial*”, cidadania se constrói com a distribuição equitativa de direitos, em que seja assegurada aos atores sociais a *preponderância* em suas lutas – o que não significa exclusividade. Com Avritzer et al. (2013), reconhecer que a ideia de direito é contingente e, portanto, impõe uma constante revisão democrática por parte de seus atores é um pressuposto para uma adequada interpretação constitucional, especialmente em um país marcado pela pluralidade sociocultural. Veja-se:

O reconhecimento da contingência da ideia de direitos e da definição de cidadania demanda a possibilidade da sua permanente e democrática revisão, o que é realizado, em grande medida, no âmbito dos debates constitucionais, os quais devem expressar a diversidade sociocultural da comunidade política, desprendidos de uma hierarquia única, universal e abstrata entre os saberes, dando preferência às formas de reconhecimento que garantam a maior participação dos grupos sociais envolvidos na concepção, na execução, no controle e na fruição da intervenção que proporcionam no mundo real. (AVRITZER et al., 2013, p. 87).

Se a ampliação do acesso ao Judiciário é uma luta incessante, que deve reconhecer grandes avanços desde a promulgação da Constituição de 1988, ela não pode significar a transferência aos burocratas do direito a tarefa de condução do Estado. É fundamental que se tenha em mente que o engrandecimento das instituições jurídicas sob a justificativa de seu papel no *combate à corrupção* e *efetividade dos direitos* esconde uma outra face perversa dessa moeda: o crescimento incontrolável de instituições que atuam de acordo com seus próprios desígnios e alheias a qualquer controle externo efetivo. A aprovação em concurso de provas e títulos, especialmente nas condições em que a seleção se dá, não pode significar a transferência da titularidade do *público* a tais agentes. Talvez a determinação do pagamento de *auxílio-moradia* por meio de *créditos extraordinários* a juízes e promotores, no meio da grave crise econômica que atravessamos em 2015/16, seja um importante sinal para repensarmos o problema.

5 CONCLUSÃO

Os debates em torno da promulgação da Constituição de 1988 ensejaram a disputa de duas diferentes memórias²¹⁹ acerca de seu significado. De um lado, a tese de que a nova Carta Magna representaria uma transição sem ruptura, inaugurando uma democracia cujos direitos, especialmente os sociais, seriam reconhecidos na medida das condições históricas e econômicas. A tese, fomentada de dentro pelo governo Sarney, contou com o apoio de diversos setores do Estado e do mercado, bem como de renomados juristas. De outro, um projeto de realmente inaugurar uma nova página em nossa história constitucional, comprometida com a efetividade de direitos (OLIVEIRA, 2011) e com a ampliação da participação da sociedade civil nas decisões estatais, levado à frente por uma ampla participação de diferentes movimentos sociais.

Embora passe despercebido na doutrina, o debate em torno da memória da Constituição de 1988 é absolutamente condicionante da prática do direito. Interpretar é um ato coletivo em que nos debruçamos sobre determinada prática social, partindo-se sempre de determinadas pré-compreensões que lhes dão significado, buscando conferir-lhe a melhor direção possível à luz do direito (DWORKIN, 1999). Nesse sentido, é imprescindível ao jurista, e à sociedade em geral, compartilhar um determinado *pano de fundo de silêncio* (CARVALHO NETTO, 2003) que atribui à Constituição um compromisso a ser seguido, não uma promessa às gerações futuras (SILVA, L., 2015). O nível de comprometimento que os destinatários emprestam à Constituição é determinante para nortear o modo pelo qual ela será aplicada.

É claro que essa leitura simplificada, e romântica, das memórias em disputa constitui “tipos ideais”, redutores de complexidade. Contudo, essa elaboração teórica permite delinear a existência de projetos antagônicos acerca do papel do Estado, e especificamente do direito, na tarefa de enfrentar o problema central do Brasil: a falta de democratização dos direitos que compõem o núcleo elementar da cidadania (HOLSTON, 2013). A divergência doutrinária em torno do *writ* envolve necessariamente a tradução para o direito de uma disputa ainda mais ampla, que apresenta longa continuidade em nossa história.

Afastando um pouco da leitura romantizada dos mencionados “tipos ideais”, pode-se afirmar que as alterações substanciais por que passou a jurisprudência do STF nos últimos 27 anos devem ser compreendidas dentro de uma complexa relação de poderes em que novos

²¹⁹ Sobre a distinção entre memória e história, vide POMIAN, Drzysztotf. **Sobre la historia**. Traducción Magalí Martínez Solimán. Madrid: Cátedra, 2008.

círculos de influência impuseram novas exigências aos diferentes campos do Estado (BOURDIEU, 2014), especialmente ao Estado-juiz, redefinindo o modo pelo qual o órgão interpreta seu papel institucional. Desse longo embate decorre o fortalecimento do Judiciário e de suas instituições conexas, denominados aqui genericamente de “juristas do Estado”. Busca-se ressaltar, assim, que a sua ampliação de poderes não nasce apenas de uma ação corporativista de seus membros, mas também de uma demanda social por reconhecimento de direitos, bem como da construção de um consenso social acerca dessa redefinição do arranjo entre os Poderes. Essa redefinição de poderes trouxe avanços, mas também esteve, e permanece, sujeita a enormes percalços.

O *writ*, nesse contexto, apesar da frustração inicial em relação à interpretação conferida pelo STF aos seus efeitos, ainda assim deve ser situado em um capítulo fundamental de uma história constitucional comprometida com a efetivação de direitos, desde seus primeiros capítulos, na ANC. Fruto de enorme debate, objeto de diversas investidas dos setores interessados em esvaziar a construção de um Estado (minimamente) social, acabou sendo aprovado por unanimidade²²⁰, demonstrando como o discurso que lhe é subjacente, de cumprimento da Constituição, restou amplamente majoritário na esfera pública. A mudança paradigmática operada em 2007 situa-se em outro momento decisivo dessa história, já que promoveu importante releitura da Corte sobre a omissão inconstitucional e seu papel ao enfrentá-la. Contudo, é imprescindível enfatizar a dimensão *qualitativa* dessa mudança, comumente minimizada em razão da naturalização com que a abstrativização do exercício da jurisdição constitucional vem sendo tratada pela doutrina e pela jurisprudência.

Entre 1988 e 2007, o STF adotou em diversos precedentes a teoria não concretista, que, em razão das merecidas críticas, acabou por simbolizar o período. É reiterada, e talvez prevaleça nos manuais de direito, a afirmação de que teria sido apenas ela a consagrada pelo Supremo no período. Contudo, é inverídica a assertiva. Em precedentes referências sobre o tema (MI 232 e 283), a Corte, reconhecendo *prima facie* o direito constitucional deduzido pelo autor, deferiu sua pretensão nos estreitos limites do pedido deduzido. A natureza da tutela foi claramente satisfativa, já que assegurado ao demandante exatamente o bem jurídico por ele pleiteado – apesar das afirmações dos ministros sobre sua natureza cautelar. A importância em se ressaltar os traços elementares desse posicionamento decorre especialmente de se marcar a dimensão da mudança paradigmática operada em 2007.

Nos MI 670 e 721, o Tribunal utiliza-se de ações subjetivas, com partes, pedido e

²²⁰ INJUNÇÃO e habeas data passam por unanimidade. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 2, 11 fev. 1988.

causa de pedir absolutamente definidos, para proferir um julgamento que supre a omissão inconstitucional. Os direitos de greve da associação postulante ou à aposentadoria especial deduzido pela servidora pública não foram analisados pela Corte. O *writ* é utilizado para estabelecer quais serão as normas gerais e abstratas que o STF estabelecerá para disciplinar a omissão inconstitucional por ele reconhecida em relação aos artigos 7º, XII, e artigo 40, § 4º, respectivamente.

O efeito atribuído ao *writ* ostenta pouca ou nenhuma importância para compreender a natureza jurídica do novo posicionamento adotado, especialmente porque o Supremo dispõe de uma série de instrumentos em que poderá alterá-lo, exatamente como o fez em relação ao MI 721: em um primeiro momento permitiu aos relatores a possibilidade de apreciá-los monocraticamente e, em seguida, editou sumula vinculante tratando da matéria.

A adequada compreensão do novo posicionamento em torno do mandado de injunção, portanto, pressupõe uma análise holística de como o Supremo Tribunal Federal vem alterando sua jurisprudência. Como reiteradamente afirma Gilmar Mendes, a Corte vem voltando sua atuação à tutela objetiva da ordem constitucional que, segundo o autor, seria o meio mais célere e eficiente de o Tribunal intervir na ordem constitucional e assegurar a sua máxima efetividade.

A abstrativização, assim, não pode ser tratada *apenas* sob o prisma da ampliação do controle concentrado de constitucionalidade em detrimento do controle difuso. De outro modo, implica verdadeira alteração na dinâmica pela qual o Supremo Tribunal Federal vem exercendo a jurisdição constitucional, afastando-se progressivamente do julgamento de demandas individuais, em que profere decisões concretas que encerram litígios, para emitir pronunciamentos normativos, seja para afastar uma norma inconstitucional do ordenamento (ADI, ADC, ADPF, RE, HC, MI), seja para interferir em como as normas gerais e abstratas devem ser interpretadas (interpretação conforme e declaração de nulidade sem redução de textos, súmulas vinculantes em ADI, ADC, ADPF, MI, RE ou HC).

A nova dinâmica do exercício da jurisdição implica, portanto, dois elementos centrais, e reciprocamente considerados: a) uma redefinição da ideia clássica de jurisdição, atribuindo ao Judiciário não mais um papel limitado a sistematizar e aplicar normas oriundas dos Poderes Políticos (FERRAZ JÚNIOR, 1999), resolvendo o caso concreto, mas transformando-o em um agente corresponsável pela ordem objetiva; b) um novo *ethos* em que o Judiciário assume papel ativo nas decisões políticas centrais do Estado, antes centralizada nos Poderes Executivo e Legislativo.

Há, assim, uma tendência à dissociação da atividade jurisprudencial. O STF atua na

elaboração de normas e nas demais instâncias do Judiciário em sua aplicação. Embora com especificidades, o juízo de justificação de normas que historicamente caracterizou o Parlamento vai se consolidando, também, na Suprema Corte, que transfere às instâncias ordinárias a realização do discurso de aplicação. E ressalte-se que essa mesma tendência é observada em relação aos demais Tribunais Superiores: o STJ, por exemplo, volta sua atuação prioritariamente ao julgamento dos *recursos repetitivos*, cujo objetivo é, também, estabelecer normas gerais e abstratas, fixando sua interpretação sobre a legislação federal.

Em praticamente todos os julgamentos importantes do STF dos últimos 10 (dez) anos essa foi a dinâmica utilizada. Com efeito, há um estreito vínculo entre a ampliação de seus poderes e a consolidação da abstrativização, demonstrando que esse é o caminho escolhido para enfrentar os dois principais que, segundo os próprios ministros, afligem o Tribunal: o excesso de processos e a falta de uniformidade dos entendimentos.

Não há um momento exato a partir do qual a nova dinâmica se consolidou. Desde a Emenda Constitucional n. 3, que criou a ADC, passando pelas Leis 9.668/99 e 9.882/99, que disciplinaram a ADI/ADC e a ADPF, já se observa o fortalecimento do controle abstrato de constitucionalidade. A Emenda Constitucional 45 é, provavelmente, o marco mais determinante, uma vez que criou a repercussão geral e a súmula vinculante, instrumentos que marcam um divisor de águas decisivo em torno do novo caráter (predominantemente) objetivo não apenas do recurso extraordinário, mas das demais ações subjetivas enfrentadas pela Corte – já que independentemente do instituto submetido, poderá transformá-lo, *sponte propria*, em um enunciado com efeito vinculante.

Mas, reitere-se, tão importante quanta a criação dos mencionados institutos, a consolidação da abstrativização pressupõe o desenvolvimento de uma nova pré-compreensão subjacente aos limites e poderes no exercício da jurisdição constitucional. Esse novo *ethos*, em que se compartilha o pressuposto de que “elaborar políticas públicas também é papel do judiciário”²²¹ (LEWANDOWSKY, 2015), mantém uma íntima e indissociável relação com a transformação dos instrumentos argumentativos utilizados pelo STF e pela doutrina. Em outros termos, os novos instrumentos argumentativos desenvolvidos no âmbito do Tribunal, e do direito em geral, não apenas *representa* como é o *meio* pelo qual foi possível a expansão dos Poderes do Judiciário. Observar essa mudança, portanto, é fundamental para compreender e levantar questões acerca da abstrativização e, notadamente, sobre sua aplicação ao mandado

²²¹ LUCHETE, Felipe. Elaborar políticas públicas também é papel do Judiciário, defende Lewandowski. **Consultor Jurídico**, 30 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/elaborar-politicas-publicas-papel-judiciario-dizlewandowski>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

de injunção.

Debruçando-nos especificamente em relação ao *writ*, procuramos demonstrar que em um primeiro momento (1988-2007) as principais doutrinas que buscavam reconhecimento na esfera pública, a não concretista e a concretista individual, assentavam-se essencialmente sob os mesmos postulados teóricos, centrados, sobretudo, na teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, de José Afonso da Silva, e nas premissas conceituais daí decorrentes. Diante da previsão constitucional de um direito não disciplinado pela legislação ordinário, como deveria atuar o magistrado? Em outros termos, enfrentando uma *lacuna técnica*, quais os limites e possibilidades do Judiciário?

Uma vez que a diferenças entre ambas não se situava nos pressupostos da teoria do direito, igualando-se, sobretudo, quanto aos pressupostos hermenêuticos (texto adquire significado a partir de sua interpretação pelo aplicador solipsista), o que as definia era a dimensão do poder atribuído ao magistrado para solucionar a lacuna. Enquanto os não concretistas insistiam no papel atribuído ao Judiciário pelo paradigma liberal, os concretistas individuais, redefinindo o compromisso do órgão com a efetivação de direitos, buscaram dotar o juiz de mais recursos técnicos para solucionar a lacuna. A ideia de *equidade* foi defendida por muitos autores, inclusive por ministros do Supremo, e traduziu boa parte dos debates. Enquanto Moreira Alves insistia que apenas nas hipóteses previstas em lei seria possível atribuir esse poder ao magistrado, Carlos Veloso e Ilmar Galvão entendiam que era imanente ao conceito de mandado de injunção a atribuição desse poder ao juiz.

A crença depositada pela teoria concretista individual no senso de justiça do magistrado para solucionar o caso concreto, por meio de um juízo solipsista que não dialoga com a instituição/sociedade em que está inserido, é uma continuidade importante entre as fases “pré” e “abstrativista”. Contudo, nesse segundo momento, não mais pelo recurso à equidade, mas por uma teoria que trata direitos como valores e presta-se, portanto, com mais facilidade à articulação de interesses conflituosos em uma sociedade complexa do que à garantia de direitos. Essa vertente teórica, e especialmente a sua péssima aplicação prática, caminhará junto, influenciando e sendo influenciada, por uma nova forma de apropriação da argumentação principiológica utilizada pelo STF, que mais uma vez pode ser observada claramente à luz do *writ*.

No QO MI 107 e seus consectários, a argumentação principiológica foi utilizada reiteradamente pelo Supremo. Contudo, o foi com o evidente objetivo de limitar a interpretação que a Corte fazia de sua atividade. A estreita fronteira entre o jurídico e o político imposta por uma determinada leitura do princípio da separação dos Poderes, nesse

sentido, foi o pressuposto determinante para a adoção da teoria não concretista.

Analisando-se todos os *writs* do período de 1988-2007, fica ainda mais claro como essa específica interpretação do princípio da separação dos Poderes é determinante para os pronunciamentos do STF. A Corte, na maior parte de seus pronunciamentos, utilizou-se de argumentos processuais para extinguir os processos, não adentrando na pretensão deduzida em juízo por entender que, ao fazê-lo, afrontaria a competência dos órgãos políticos. O apego à forma, assim, representava um meio pelo qual uma técnica jurídica denuncia o paradigma que o Supremo insere os limites ao exercício da jurisdição constitucional. O mesmo se diga em relação ao reconhecimento reiterado da teoria da não autoaplicabilidade da norma constitucional. A tese, além de teoricamente mal formulada, mostrou-se insustentável na prática. Sua utilização, sempre seletiva, ostentou caráter meramente instrumental, em que um argumento supostamente jurídico fundamentou a posição conservadora – do ponto de vista da separação dos Poderes – do Tribunal na efetivação de direitos.

Em sentido oposto, a mudança paradigmática ocorrida em 2007 é precedida pela ressignificação do princípio da separação dos Poderes, fundada, sobretudo, pela influência do princípio da *máxima efetividade da Constituição* – e seus consectários –, bem como numa concepção que tende a igualar direitos e valores, de forma que o Judiciário passa a operar não com vistas a proteger direito no caso concreto, mas ponderando interesses de uma sociedade cada vez mais complexa.

A doutrina concomitantemente acompanhou o movimento, ora de forma sistemática, buscando elaborar um pensamento conciso (neoconstitucionalismo), ora impulsionada pela nova realidade expansiva/valorativa do Judiciário. Assim, se na década de 90 os manuais problematizavam como deveria o magistrado agir diante de uma lacuna (DINIZ, 2009), na década de 2000 começam a prevalecer as teorias que inserem o Judiciário na tarefa de atuar ativamente para *corrigir e construir as normas* e a omissão/desvio dos demais Poderes (MARINONI, 2007; ROTHENBURG, 2005). Os princípios atuam não como normas *prima facie* que deverão ser aplicadas ao caso concreto, mas como um método para que o Judiciário atue na ordem objetiva, redefinindo a crença que atravessou toda a modernidade na norma geral e abstrata.

A abstrativização tem a pretensão de sistematizar a jurisprudência do STF, uniformizando a jurisprudência e orientando o Judiciário acerca da interpretação constitucional adequada. Contudo, na medida em que expande os poderes do Supremo, redimensiona também o papel que o direito exerce na sociedade. Consequentemente, a prática de todos os Juristas do Estado, notadamente em sua influência sobre a Administração Pública.

A dinâmica apresentou avanços em relação à uniformidade do direito. Contudo, talvez mais pela cultura ao precedente que estabeleceu do que propriamente por sua tentativa de uniformização pela edição de normas. Isso porque, por um lado, essa nova realidade inseriu o imperativo do conhecimento da jurisprudência da corte no aprendizado do jurista, seja na faculdade, seja na preparação dos concursos públicos – desejo principal da maior parte deles. Essa mesma cultura transpassa do ensino à prática com muita facilidade, criando o hábito de os Tribunais mirarem-se no Supremo, minando uma forte tradição que, em nome do princípio da autonomia do magistrado, legitimava o dissenso.

Por outro lado, é fundamental que se tenha a consciência de que a edição de normas pelo Supremo Tribunal Federal complexifica o sistema jurídico, não o contrário. O ingresso de novos elementos ou estruturas implica uma ampliação das possibilidades de comunicação e, portanto, das expectativas do sistema²²². Trocando em miúdos, ele imporá ao magistrado responsável pelo juízo de aplicação da norma ainda mais acuidade em sua tarefa, já que mais normas reclamarão aplicação ao caso concreto. Ora, o direito não se autoaplica. Não é possível, em pleno século XXI, fazer retornar a crença iluminista de que normas gerais e abstratas racionalmente formuladas solucionarão nossa prática.

Analisando a capacidade da abstrativização sob o prisma da efetividade, ainda à luz do *writ*, reitere-se que a mudança de 2007 apresenta-se como um avanço em relação ao modelo anterior. Contudo, mais uma vez é preciso problematizar os limites e possibilidades da nova dinâmica. A decisão do STF em matéria de aposentadoria especial implicou a obrigatoriedade do reconhecimento do direito, *prima facie*, pela Administração, o que é evidentemente positivo, já que tende a estabilizar as expectativas normativas. Contudo, isso não significa que esse direito chegará ao seu destinatário, o que demandará a ação do Poder Público ou das instâncias ordinárias do Judiciário. Ademais, lembrando que a segurança jurídica é também um dos pilares da abstrativização, observa-se que a decisão gerou verdadeiro caos na federação, já que cada ente disciplinou-a de forma distinta, gerando enorme debate sobre os termos que o direito deve ser assegurado. Mais uma vez, fica claro que normas gerais e abstratas não se autoaplicam e que o problema do direito necessariamente passa pelo *juízo de aplicação* das normas.

A greve dos servidores públicos, por outro lado, deixou ainda mais clara a complexidade da jurisdição de o STF privilegiar a tutela objetiva. A decisão, voltando-se claramente à ponderação de interesses divergentes, significou muito provavelmente uma limitação ao direito que os autores pretendiam tutelar. Com a definição da matéria pelo STF,

²²² Em sentido semelhante, mas não idêntico, ver NEVES (2014).

unificou-se o entendimento em torno do aspecto central do debate: a possibilidade do corte do ponto. Houve, portanto, provavelmente, uma maior certeza acerca da normatização aplicada em caso de conflito envolvendo a greve, mas não necessariamente efetividade do direito.

A atuação normativa, portanto, amplia as atribuições do STF, que apenas deixa de reconhecer ou não direitos para também atuar como mediador de conflitos (como o direito de greve). Se o Parlamento, órgão pautado pelo princípio da representatividade, omite-se em relação à tarefa de normatizar os interesses em permanente conflito das diferentes classes (servidores públicos x “sociedade”), o Supremo se colocará como um novo palco possível. Transfere-se a disciplina normativa do direito da esfera representativa para o pleno do Supremo Tribunal Federal. O resultado é o mesmo, uma norma que será novamente aplicada pelas instâncias ordinárias em caso de conflito. O procedimento em que o debate público se desenvolve, contudo, é substituído pelo discurso racional jurídico.

Mesmo sendo possível reconhecer avanços na abstrativização, e da ampliação dos poderes do judiciário da qual ela é causa e, concomitantemente, engendra, ainda assim é preciso problematizar outro de seus efeitos colaterais: quem são esses juristas que passarão a ocupar esse papel progressivamente mais amplo de regulamentar os conflitos dessa sociedade? Em uma sociedade cada vez mais complexa, líquida (BAUMANN, 2001), marcada pela pluralidade social e desigualdade, o direito apresenta-se como um esteio relativamente seguro para disciplinar a sociedade. Mas o faz por meio da neutralização dos conflitos, que aparentemente já estariam resolvidos por meio da ponderação dos princípios subsumíveis ao caso concreto. E ele neutraliza, ainda, uma questão que é central a todo o debate: esses juízes representam e falam de um *lugar social* rigorosamente definido, o que coloca em risco, exatamente, a pluralidade de sua decisão.

Se fosse possível sintetizar um lastro fundamental do Brasil, certamente seria a falta de democratização dos direitos elementares que inserem o indivíduo na condição de cidadão (HOLSTON, 2013). Essa dinâmica é mantida essencialmente pelo monopólio do capital social e econômico em uma parcela muito restrita da sociedade, que reproduz o seu privilégio por meio de “dois processos de compra”, reciprocamente considerados: a) do tempo livre de seus filhos, para que tenham acesso ao conhecimento necessário para se manter nessa posição; b) da mão de obra da maior parte da população a preços ínfimos, excluindo-os da possibilidade de competirem por melhores condições, bem como assegurando todo o tempo livre para que as classes média e alta continuem investindo em seu próprio conhecimento (SOUZA, 2015).

Se é verdade que os cursos de direito tenham sofrido uma pequena democratização nos

últimos 15 (quinze) anos, o tipo de conhecimento exigido e a competitividade dos concursos públicos para acesso aos cargos dos “juristas do Estado”, que asseguram altos salários e distinção aos seus membros, reintroduzem a exclusão como um fator determinante para a formação desses quadros. A pouca, ou quase nenhuma, pluralidade dos juízes, promotores, procuradores e defensores é sentida desde sua origem, quase sempre um importante colégio da zona sul das capitais, passando pela quase inexistência de negros e pardos, culminando na ideologia que perpassa as respectivas formações intelectuais. Ideologia essa que será decisiva na formulação desse direito axiologicamente interpretado.

A abstrativização é um caminho possível. Contudo, ao contrário do que afirmado por grande parte da doutrina, definitivamente não é o único. E não necessariamente o melhor. Em qualquer circunstância, não se pode atribuir ao STF poderes ilimitados, como pretendem as teorias da “mutação constitucional do artigo 52, X e da “transcendência dos motivos determinantes”, já que é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito a instituição de freios e contrapesos. Apesar dos avanços, fundamental problematizar o risco de autorreferência que engendra. Ao fomentar um direito formulado e aplicado pelo próprio Judiciário, reforça o papel de um determinado corpo técnico – os juristas do Estado – na condução da sociedade. Corpo técnico esse com uma história, um presente e interesses corporativos que muitas vezes se colocam em conflito com os próprios direitos que a sociedade lhes atribui tutelar. Equilibrar reconhecimento de direitos com respeito à pluralidade e inclusão será o desafio imposto à nova dinâmica que parece ser adotada com definitividade pelo STF.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard law review**, v. 113, n. 3, p. 633-725, Jan. 2000.

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Apresentação à edição brasileira: Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução: Alexandre Travessoni. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Direito, Razão, Discurso**. Estudos para a Filosofia do Direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

AVRITZER, Leonardo et. al. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, p. 63-68, jan. 1991.

BARROSO, Luís Roberto. O mandado de injunção como novo remédio jurídico constitucional. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 100-109, 1991.

_____. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido: uma proposta de reformulação. **Revista de Processo**, v. 23, n. 89, p. 57-61, jan./mar. 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e

intelectuais. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Medo líquido**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção: Os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 5, 2011/2012. Tópicos Especiais. Mandado de Injunção.

_____. **On The Limits of Constitutional Adjudication**. Heidelberg: Springer, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, p. 5-24, 2004.

_____. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. **ADV Advocacia Dinâmica**: boletim informativo semanal, v. 10, n. 42, p. 410-407, out. 1990.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Editora da OAB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença**: contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 3. ed. Porto Alegre: Zouk, 2015.

_____. **Sobre a televisão**. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

_____. **Sobre o Estado**. Tradução: Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres de. Distinção entre direitos subjetivos e prerrogativas constitucionais. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 5, n. 11, p. 483-489, nov. 1989.

CANCLINE, Néstor Garcia. **Consumidores e Cidadãos**. Trad. Maurício Santana Dias e Javier Rapp. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.

CASSEB, Marcelo. Uma Reflexão Histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 5, p. 1-29, 2011/2012. Tópicos Especiais. Mandado de Injunção.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984.

CARRAZZA, Roque Antonio. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Justitia**, São Paulo, v. 55, n. 163, p.35-52, jul./set. 1993.

CARRILHO, Manoel Maria. Prefácio. In: CARRILHO, Manoel Maria (Coord.). **Retórica e comunicação**. Porto: Asa, 1994.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a incerteza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. **Direito Público**: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais, v. 1, n. 1, jan./jun. 1999.

_____. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 142-163.

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que institui o mandado de injunção. In: SARAIVA, Paulo Lopo (Coord.). **Antologia luso-brasileira de direito constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1992. p. 138-155.

_____. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 26, n. 104, p. 43-58, out./dez. 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais = Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights. **Social Science Research Network**, New York, p. 1-82, 1 Apr. 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em: 15 jul. 2015.

DANTAS, Ivo. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 435-450.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. O governo João Goulart e o Golpe de 1964: memória, história e historiografia. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, jun. 2010.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. Tradução Leila Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. Salvador: Jus Podium, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1978.

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. **Is there truth in interpretation?** Law, Literature and History. Whashington, D.C. Law Library of Congress of USA, Oct. 26, 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Hg0UEah-2P8>>. Acesso em: 7 set. 2015.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. O Múltiplo Supremo. **O Supremo em Números**. 2011. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de Injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Orgs.). **Constituição e processo: entre direito e política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13-30.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação da obra. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (Ed.). **Habermas and the Public Sphere**. Cambridge, MA: MIT Press, 1992. p. 109-42.

GADAMER, Hans-Gerorg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Santiago de Chile: CEPAL, 2009. (Série Políticas Sociales; 153). Disponível em: <<http://www.oda-alc.org/documentos/1362510955.pdf>> Acesso em: 7 de ago. 2015.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1820-2010**. The Engine

Room of the Constitution. USA: Oxford University Press, 2013.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Trad. Plínio Dentzien. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles. **Political Theory**, v. 29, n. 6, p. 766-781, Dec. 2001a.

_____. Further Reflections on the Public Sphere. In: CALHOUN, C. (Ed.). **Habermas and the Public Sphere**. Cambridge, MA: MIT Press, 1992.

_____. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

_____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Trad. Flávio R. Khote. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **Na esteira da tecnocracia**: pequenos escritos políticos XII. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014.

_____. **A Inclusão do outro**. Trad. Flavio R. Khote. São Paulo: Edições Loyola, 2002a.

_____. **Constelações Pós Nacionais– ensaios Políticos**. Trad Marcio Selligmann-Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001b.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

HATAB, Lawrence J. **Genealogia da Moral de Nietzsche**: Uma introdução. Tradução: Nancy R. Juozapavicius. São Paulo: Madras Editora, 2010. p. 15.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: Disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. Tradução: Cláudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo:

Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito).

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, 88, p. 141-184, 2013.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** Contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad.: Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

KRAMER, Larry. **The people themselves:** popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2004.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, Brasília, 2010, p. 25-51. Disponível em: <<http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/02-anuarioantropologico-robertokant.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. (Coleção Sociologia).

_____. The Unit of the Legal System. In **Autopoietic Law:** a New Approach to Law and Society. Teubner, Gunther. European University Institute. Berlin-New York: 1998.

_____. **Sociologia do direito II.** Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. (Biblioteca Tempo Universitário; n. 80).

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **A formação do conceito de direitos humanos.** Curitiba: Juruá Editora, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes:** estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

_____. **A ética dos precedentes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 1).

MARTINS, Argemiro C. Moreira.; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**, Belo Horizonte, v. 11, p. 265-286, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O mandado de injunção e a lei complementar tributária. In: FUNDAÇÃO Dom Cabral. **A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 333-342.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. In: **Cadernos de Direito**, vol. 3. n. 5. Piracicaba: Unimep, pp. 14-45, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Constitutional jurisdiction in Brazil: the problem of unconstitutional legislative omission**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Omisao_Legislativa_v_Ing.pdf> Acesso: 15 de ago. 2011.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Mandado de injunção: decisão do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Liberais**, Brasília, Instituto Tancredo Neves, 1989, 89.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Teoria estruturante do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente. **Revista de Ciências Sociais**, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. A Injunction Anglo-americana e as Origens do Mandado de Injunção. **Revista de Direito Comparado**, n. 3, p. 203-225, maio 1999.

_____. **Teoria da Constituição**. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

_____. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. Mandado de Injunção: Suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimentos. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 5, 2011/2012. Tópicos Especiais. Mandado de Injunção. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/602/405>>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. Democracia sem Espera e Processo de Constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada transição política brasileira. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Permamum, 2011. cap. 7.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data**. São Paulo: Editora Forense, 1991.

PAULA, João Antônio de. Brasil: Passado e Futuro. In: SOUZA, Pedro de (Org.) **Brasil, sociedade em movimento**. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 13-22.

POMIAN, Drzysztof. **Sobre la historia**. Traducción Magalí Martínez Solimán. Madrid: Cátedra: 2008.

QUARESMA, Regina. Considerações sobre as origens do mandado de injunção. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 89-100, ago./dez. 1994.

RAWLS, John. **Conferências sobre a história da filosofia política**. Tradução: Fábio M. Said. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 126 p.

REALE, Miguel. **Problemas brasileiros: Reforma Constitucional e Organização dos Poderes Executivo e Legislativo**. São Paulo: FIESP/CIESP, 1995. 30 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mandado de Injunção na Ordem Constitucional Brasileira. **Análise e Conjuntura**, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 12-19, set./dez. 1988.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSENFELD, Michel. **The rule of law, and the legitimacy of constitutional democracy**. New York: Cardozo Law School, 2001. (Working Paper Series; 36).

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANCHES, Samyra Nasponili; MEYER, Samanta Riberio. O paradigma dogmático da ciência jurídica nos manuais de ensino do direito. **Universitas/JUS**, v. 24, n. 2, p. 1-9, 2013. Disponível em:

<<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/2361/2055>>.

Acesso em: 7 ago. 2015.

SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. **Direito Público**, v. 7, n. 30, p. 7-41, nov./dez. 2009.

SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**. Tradução: Lygia Araújo Watanabe. Rio de Janeiro: Record, 2014.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. Apresentação da obra. In: BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença**: contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 3. ed. Porto Alegre: Zouk, 2015.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Prefácio. In: HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

SILVA, Luiz Felipe da Mata Machado. Mandado de Injunção 27 anos: história e memória. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 1, p. 201 - 218, jan./jun., 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. **Consultor Jurídico**, Brasília, 03 ago. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em 10 dez. 2015.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: University Press, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOLEDO, Cláudia. Prefácio. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Apresentação à edição brasileira: Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TOULMIN, Stephen. Racionalidade e razoabilidade. In: CARRILHO, Manoel Maria (Coord.). **Retórica e comunicação**. Porto: Asa, 1994.

TRAVERSSONI, Alexandre. Estudo introdutório. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

VELOSO, Carlos Mário. A Nova Feição do Mandado de Injunção. **Rev. de Dir. Público**, São Paulo, n. 100, p. 169-174, out./ dez. 1991.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois : Suprema Corte e ativismo judicial "à Brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIANA, Natércia Micheletti. **Educação na Assembleia Nacional Constituinte**: debates da Subcomissão de Educação e Cultura, sobre ensino médio de 1987 a 1988. 2013. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Curso de Processo Legislativo, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOR), Brasília, 2013, p. 42.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale law journal**. v. 115, n. 6, p. 1346-1407, 2006.

_____. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Prefácio: Manoel T. Berlinck. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

_____. **Economia e Sociedade**. Trad. Regis Barbosa e Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999. 2 v.

_____. **A ética protestante e o "espírito" do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: Marcos G. Nontagnoli. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. (Coleção Pensamento Humano).